Série A N° 146

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Causes de Divorce et de Séparation de corps

et

Fins de non-recevoir

après la loi du 2 avril 1941

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Milos Sl. STEVANOV

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*

Suffragants : MM. Claude THOMAS, *Agrégé*
Alfred COSTE-FLORET, *Chargé de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1942

Causes du Divorce
et de Séparation de corps

et

Fins de non-recevoir

après la loi du 2 avril 1941

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 146

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Causes de Divorce et de Séparation de corps

et

Fins de non-recevoir

après la loi du 2 avril 1941

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Milos Sl. STEVANOV

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*

Suffragants : MM. Claude THOMAS, *Agrégé*
Alfred COSTE-FLORET, *Chargé de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1942

INTRODUCTION

L'institution du mariage a son corrélatif dans celle du divorce.

La force de la nation, partant de son expression sociale et juridique, l'Etat, dépend en premier lieu du nombre de ses membres. Dans notre civilisation c'est du mariage que sortent les nouvelles générations. Il est donc naturel que l'Etat s'intéresse au mariage et par conséquent au divorce.

Or la France a subi un échec sur le plan où se mesurent les forces des nations. Il est naturel que l'on en cherche les causes. L'une d'elle est la diminution constante de la natalité dans les dernières décades.

La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps se place dans le vaste programme de l'action législative qui se propose de réviser l'organisation juridique de la famille dans le but de la stabiliser et partant de la rendre plus saine, plus prolifique, plus nationale. Le divorce, un des moyens de dissoudre le mariage, vient à son tour d'être révisé. Avant la réforme, il était en France un moyen commode et facile de rompre les liens du mariage, les statistiques souvent invoquées montrent que le nombre de mariages ainsi dissouts était inquiétant.

Quel moyen s'offrait au législateur ?

De toute façon, il fallait commencer par les causes de divorce, base de l'institution. Elles sont de première importance. De leur envergure dépend le reste de l'institution : aussi bien son organisation juridique que son fonctionnement social. Nous aurons donc à voir de quels moyens techniques s'est servi le législateur pour poser les fondements de l'institution.

Pour comprendre ses innovations, il faut partir du droit positif d'avant la réforme.

Mais le droit légal ne constitue pas tout le droit positif. Ce n'est qu'avec l'apport de la jurisprudence que les prémices légales s'insèrent dans le droit positif. La jurisprudence est l'organe social qui réalise la pensée du législateur ainsi que le droit subjectif des époux d'obtenir le divorce. Celui-ci n'a pas de vie en dehors de la jurisprudence : tout divorce est l'œuvre de la jurisprudence. Or c'est de l'attitude de cette dernière que dépend la règle juridique positive. C'est vrai même si les prémices légales sont déterminées, précises et bien définies ; c'est d'autant plus vrai que celles-ci font expressément appel à l'activité des juges pour les compléter au moment de leur application.

Mais les juges raisonnent sur les cas concrets que la vie sociale leur soumet. C'est alors que cette matière première détermine, en partie, l'attitude des juges, et façonne la règle juridique elle-même.

Le divorce plonge en plein dans la règle morale. Une action purement juridique qui ne serait pas accompagnée d'une action morale n'aurait pas de chance de réussir. C'est pour cette raison qu'il faut que l'action législative soit combinée avec un effort moral d'éducation obtenu par une propagande habile. Il faut qu'un souffle idéolo-

gique agisse à la fois sur les époux et sur les juges : cela apportera à l'élaboration de la règle juridique des données homogènes.

Il s'agit donc de poser les principes tenant compte de tous ces éléments, principes qui détermineront ceux parmi les faits entre les époux, pour lesquels les autorités compétentes prononceront la dissolution du mariage de façon à concilier à la fois les intérêts de la nation et ceux des particuliers. En un mot, il faut déterminer les causes de divorce et de séparation de corps dans le droit positif actuel.

Mais tous ces faits, satisfaisant aux conditions posées, peuvent ne pas aboutir au divorce ou à la séparation de corps. Il y a des faits émanant des époux ou imposés par le législateur qui limitent dans le temps d'une façon définitive ou temporaire l'efficacité des causes de divorce : ce sont les fins de non-recevoir. Après avoir déterminé la valeur des causes en général, il faut la limiter dans le temps.

Toutes ces considérations tracent le plan et déterminent la méthode. Celle-ci varie suivant la matière traitée : cette dernière n'étant pas homogène, fera également varier la méthode.

Première Partie

Notion de cause de divorce et de séparation de corps

Pour pouvoir déterminer ce qu'est une cause de divorce il faut en donner la définition. Pour arriver à une définition satisfaisante, il faut dégager les éléments qui doivent y entrer. A cet effet, nous poserons une définition de départ qui ne fera que réunir les éléments essentiels sans se préoccuper de leurs rapports exacts, ni de leurs significations précises. C'est une définition qui ne fera que guider la discussion. Nous disons que *la cause de divorce ou de séparation de corps est un fait émanant d'un époux et dirigé contre l'autre, avec l'intention de celui-là de nuire à celui-ci, fait qui à côté de ces éléments constitutifs, doit encore réunir certains éléments d'intensité,* pour que l'autorité publique compétente procède à la dissolution complète ou incomplète du mariage [1].

1. Dans la littérature juridique française, nous n'avons trouvé nulle part de définition semblable, mais ce type se retrouve à propos d'autres institutions juridiques. Par exemple : la faute délictuelle (nos 380 et 445) et la faute quasi-délictuelle (n° 439) dans l'ouvrage de MM. H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile,* 3e édit., Paris, 1938, 3 vol. ; l'obligation (t. I, n° 7), le contrat (t. I, nos 22 et 26 bis) dans l'ouvrage de Demogue, *Traité des obligations,* Paris, 1921-1933, 7 vol.

De cette définition sommaire et temporaire, se dégagent deux groupes d'éléments :

a) les éléments qualitatifs ou constitutifs et

b) les éléments quantitatifs ou d'intensité (de gravité).

Si l'on examine le texte légal de près et notre définition de départ, on peut énumérer dans le premier groupe les quatre éléments suivants :

1° un mariage existant ;

2° un fait matériel positif ou négatif ;

3° un fait émanant de la personne de l'un des époux et dirigé contre la personne de l'autre, et

4° un élément psychologique.

Ce premier groupe d'éléments fera l'objet du premier chapitre, chacun d'eux sera étudié dans une subdivision.

Le deuxième groupe d'éléments, celui des éléments quantitatifs, comprend les deux conditions auxquelles doit satifaire un fait réunissant tous les éléments constitutifs, à savoir :

1° condition de gravité,

2° condition ayant trait aux effets que le fait provoque par rapport à l'atmosphère générale de la vie commune.

Ce deuxième groupe, fera, avec ses éléments comme subdivisions, l'objet du deuxième chapitre.

Après une telle analyse, on arrivera à une définition qui dégagera une notion abstraite de cause de divorce [1]. Cette notion satisfait aux exigences logiques, mais ne reste que théoriquement vraie. Elle ne rend pas compte de toutes les modifications qui peuvent survenir à ce moyen de technique juridique au cours de son applica-

1. Les causes de divorce étant en même temps celles de séparation de corps, nous ne garderons désormais que la première expression. De toute façon ce qui sera dit pour les causes de divorce vaudra également pour les causes de séparation de corps, sauf indication contraire.

tion à la réalité sociale. Elle reste une théorie, une construction vraie en soi, mais incapable de rendre compte de toute la base juridique de l'institution sociale qu'est le divorce et son succédané la séparation de corps. Elle n'est pas moins indispensable si l'on veut circonscrire la base précise du divorce. La variété des faits qui peuvent être compris dans cette base, l'importance de l'institution pour toute la société et les fluctuations énormes d'une évolution relâchée et incohérente exigent une discussion d'où se dégagera une notion abstraite et théorique de la cause de divorce.

Dans un troisième chapitre, nous exposerons les modalités de cette notion théorique, qui ne sont en réalité que les concrétisations de la notion de cause de divorce dans la pratique. On y exposera également le rôle des juges dans la détermination de ces modalités.

CHAPITRE PREMIER

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

§ 1. — Mariage existant

I. — Le divorce est par définition un moyen de dissolution du mariage durant la vie des époux. Il est donc de la logique la plus élémentaire que, non seulement, on ne peut dissoudre ce qui n'existe pas, mais encore que les causes et les raisons de cette dissolution exigent comme première condition d'existence, ce qu'il s'agit de dissoudre, c'est-à-dire le mariage. Par conséquent, pour qu'il y ait cause de divorce, une première condition s'impose : le mariage existant, ce qui revient à dire, sous une forme plus positive, que les faits susceptibles d'atteindre la plénitude des causes de divorce doivent être postérieurs au commencement et antérieurs à la fin du mariage.

Mais la logique la plus évidente est contrainte de faire des concessions sur le plan social et plus spécialement sur le plan juridique, à cause de sa simplicité et de son intransigeance : la discussion de ce paragraphe le montrera du moins en ce qui concerne le droit positif d'avant la réforme de 1941. La règle juridique du législateur est simpliste et univalente et ne traite la réalité sociale généralement que sous un seul aspect. Ce n'est que la règle juridique jurisprudentielle qui est en effet positive

au sens plein du mot. Or si l'on veut que la règle du législateur soit pleinement efficace, il faut arriver à ce que la jurisprudence l'applique telle quelle, dans toute sa rigueur et rigidité. Cela revient à dire qu'il faut que l'organisation sociale qui fait fonctionner le système juridique force la réalité sociale. Dès lors, toute la notion de droit entre en jeu et une série de questions se posent dont la plus importante est celle de la possibilité d'action sur la réalité et de ses limites.

Le cas du divorce après la réforme de 1941 entre dans cette catégorie et l'élément de cause du divorce, que nous nous proposons de discuter, est très significatif sur ce point. La condition logique d'un mariage existant à propos de chaque divorce était méconnue dans la pratique et forcée par la réalité sociale. Le dynamisme du divorce [1] dans la pratique jurisprudentielle sous la pression de la réalité sociale a permis à cette institution juridique d'envahir le domaine d'une autre, celle de la nullité de mariage.

Dans notre discussion, nous dégagerons les conditions logiques d'une application jurisprudentielle possible de cet élément de cause de divorce en vue de l'établissement d'une règle juridique positive dans le sens de l'intention du législateur de 1941.

II. — Tout d'abord, pour qu'un fait puisse devenir une cause de divorce, l'union de fait ne suffit pas. Les personnes qui vivent en concubinat, n'étant jamais mariées par l'intervention du pouvoir public, n'ont pas besoin d'y recourir pour mettre fin à leur vie commune.

1. Le terme est de M. R. SAVATIER dans le livre, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937, p. 5 et suiv.

Il peut y avoir relation sexuelle entre l'une d'elles et une troisième personne, sans que l'on puisse parler d'adultère, partant, de cause de divorce. Il en est de même pour une injure par exemple. L'essence juridique du mariage consiste en formalités exigées par la loi sans lesquelles il n'y a pas de mariage, partant pas de dissolution. Il s'ensuit qu'un fait qui, sans cela, aurait pu réunir tous les autres éléments ne saurait être érigé en une cause de dissolution du mariage.

Les personnes unies dans une union libre savent très bien que ce n'est pas un mariage et le jour où elles veulent se séparer, elles ne demandent pas au tribunal de prononcer le divorce ; elles se séparent sans aucune formalité, sans intervention des pouvoirs publics, en défendant leurs intérêts respectifs comme elles le peuvent. C'est pour cette raison que la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de faire l'application de cette idée. Dans la doctrine, cependant, il en est fait mention[1].

III. — Une deuxième application de ce principe touche à ce que l'on appelle le mariage inexistant. On sait en quoi consiste la théorie du mariage inexistant. Le législateur n'a pas prévu certains cas de nullité de mariage tels que le cas d'identité de sexes, le défaut total de consentement et l'absence de célébration devant l'officier de l'état civil. La jurisprudence en respectant la règle traditionnelle *pas de nullité sans texte*, a refusé (ou a pu le faire), d'annuler une union qui entre dans l'une de ces catégories. Pour combler cette lacune, la doctrine a inventé la théorie du mariage inexistant, d'après

1. Voir P. Esmein, *Le problème de l'union libre*, dans *Revue trim.*, 1935, p. 747 et suiv. ; L. Josserand, *L'avènement du concubinat*, D.H. 1932, *Chron.*, p. 45.

laquelle dans aucun de ces cas, le mariage n'existe et il ne peut être question, par conséquent, de l'annuler, parce que l'un des éléments constitutifs fait défaut [1].

La jurisprudence parle souvent de mariage inexistant [2], mais n'en fait pas l'application. — L'identité de sexe ne s'est jamais présentée devant elle sous une forme incontestable. Quant aux cas d'organes incomplets [3], elle les assimile aux cas d'impuissance. — L'absence complète de consentement n'a jamais été reconnue par la jurisprudence comme une raison d'inexistence du mariage, mais seulement comme un cas de nullité relative [4], et après la loi du 19 février 1933 comme une nullité absolue dans les cas de démence ou d'infirmité mentale [5]. Le défaut de célébration devant une personne autre que l'officier de l'état-civil compétent était traité par la jurisprudence comme un cas de nullité puisqu'elle admettait la solution du mariage putatif [6].

1. L'opinion doctrinale n'est pas uniforme. On peut distinguer trois solutions :

1° solution traditionnelle qui reconnaît ces trois cas d'inexistence et qui est celle de la majorité des auteurs (LAURENT, *Principes du droit civil*, t. II, nos 270-275 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5e édit., t. VII, § 451, p. 9, § 451 bis, p. 15, § 452, p. 17 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e édit., t. III, nos 1690-1696 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3e édit., nos 799-801) ;

2° solution de PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, par ROUAST, nos 257-258 qui n'admet que deux cas : celui de défaut absolu de célébration et celui d'identité incontestable de sexe ;

3° solution de DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Bruxelles-Paris, 1933 (nos 658-659) qui n'accepte pas la théorie de mariage inexistant et qui parle des nullités virtuelles absolues.

2. Civ., 6 avril 1903 (S. 1904.1.273 et note de WAHL) ; Trib. civ. de Blidah, 31 décembre 1931 (D. 1932.2.113 et note de CHAUVEAU) ; Bastia, 2 avril 1849 (S. 1849.2.338).

3. Civ., 6 avril 1903 (S. 1904.1.273, précité).

4. Civ., 9 novembre 1887 (D. 1888.1.161) ; Bordeaux, 25 juin 1884 (S. 1884.2.201) ; Trib. civ. Seine, 20 février 1912 (*Gaz. Trib.* 1912, 1.166).

5. V. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 801.

6. Civ., 7 août 1883 (S. 1881.1.5) ; Civ., 30 juillet 1900 (S. 1902.1.225) Bordeaux, 5 février 1883 (S. 1883.2.137).

Le cas de défaut absolu de célébration était assimilé à l'union libre[1].

Quoi qu'il en soit, une chose est claire : c'est qu'en droit positif français, il n'y a presque[2] pas de mariage qui puisssent être considérés comme inexistants sans l'intervention de la justice. La matière est socialement trop importante et les détails trop contestables pour que la décision de son existence ou de son inexistence puisse être confiée aux particuliers, même désintéressés. Et cet état de choses suffit à notre discussion. Ou bien le cas de prétendue inexistence se ramène au cas d'union libre dont nous avons envisagé la solution, ou bien il se ramène au cas de nullité que nous allons examiner.

En tous cas les faits qui peuvent intervenir entre les époux seront susceptibles de devenir cause de divorce, à la double condition : que l'époux demandeur croie et prétende que le mariage existe et qu'un jugement de nullité n'intervienne pas au cours de l'instance en divorce.

IV. — Il est de règle élémentaire dans la théorie des nullités, à savoir : un acte juridique annulable existe aussi longtemps qu'il n'est pas annulé. Un mariage annulable est sur le même pied qu'un mariage normal en ce qui concerne la possibilité de divorce. Il s'ensuit que tous les faits susceptibles de devenir cause de divorce dans le cas d'un mariage normal, le sont aussi dans le cas d'un mariage annulable. Le mariage existe et par conséquent le premier élément constitutif de cause de divorce est présent.

1. Lyon, 13 novembre 1924 (D. 1925.2.73).

2. Dès qu'une contestation est possible, et elle l'est dans tous les cas, sauf celui de défaut absolu de célébration qui équivaut à l'union libre, le cas est présenté à la justice.

Il s'ensuit que l'on peut demander le divorce pour un mariage annulable. Mais peut-on demander l'annulation d'un mariage pour lequel une instance en divorce existe déjà ? Rien ne s'y oppose : les deux actions étant indépendantes[1] l'une de l'autre peuvent être en cours toutes les deux. Comme elles se rapportent au même objet c'est-à-dire au même mariage, la situation à laquelle elles peuvent aboutir peut être très compliquée. En tout cas les faits invoqués comme cause de divorce le deviendront, si l'action en divorce aboutit avant l'action en nullité, car le mariage existait non seulement au moment où les faits se sont déroulés, mais également au moment où a été rendu le jugement de divorce, cette dernière particularité étant aussi indispensable, car on ne dissout pas ce qui n'existe pas[2].

Logiquement une même solution aurait pu être apportée aux différents aspects de la question, mais la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation a tout récemment détruit la possibilité de solution uniforme offerte par la logique. Ainsi peut-on aujourd'hui en envisager trois : la première, la seule juste, était déjà annoncée par la jurisprudence ; une deuxième, la même que la précédente mais pour un cas qui ne s'est pas présenté à la jurisprudence ; et une troisième, celle du droit positif, qui est juridiquement plus que douteuse.

a. La solution la plus raisonnable adoptée à propos de cette question et qui a déjà été donnée par la jurisprudence[3] est que la question de la nullité est préjudiciable

1. « Ces deux actions sont de nature différente et indépendantes l'une de l'autre » (Trib. civ. d'Ajaccio, 23 décembre 1924, *Gaz. Pal.*, 1925.1.447).

2. La question d'exécution de deux jugements dans le cas où ils surviendront indépendamment l'un de l'autre est très compliquée. Voir là-dessus la note de Mme Bequignon-Lagarde dans S. 1933.1.97.

3. Trib. civ. de la Seine, 30 juin 1930 (*Gaz. Pal.*, 1931.2.263) et sur le

à la question du divorce. Dans ce cas, celle-là opère comme une fin de non-recevoir de celle-ci, ce qui revient à dire que les faits qui sont susceptibles de devenir des causes de divorce contiennent le premier élément constitutif à savoir le mariage existant.

Théoriquement, ils sont des causes de divorce, mais n'opèrent pas en réalité, à cause d'un événement qui paralyse temporairement ou définitivement le droit même de les mettre en réalisation par une action [1].

b. La même situation se présente dans le cas où l'époux défendeur invoquerait la nullité du mariage dans le même procès. En l'invoquant, il formulerait ou bien une demande reconventionnelle, ou un simple moyen de défense. Dans le deuxième cas la question se pose de savoir quelle sera la décision du tribunal. Peut-il prononcer la nullité qui n'est pas demandée ? Autrement dit, le demandeur peut-il invoquer l'annulabilité comme une fin de non-recevoir, sans que la nullité soit prononcée ? La réponse est forcément négative, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'annulabilité du mariage ne signifie rien, juridiquement parlant, donc elle ne peut en aucune façon, constituer une fin de non-recevoir pour la demande en divorce. En second lieu, elle se précise et se concrétise seulement après une enquête du tribunal qui peut aboutir ou non à la nullité du mariage. Enfin si l'on admettait la solution positive pour la question posée, on aboutirait à ce qu'un mariage annulable, où la demande en nullité n'est accordée qu'à un

même cas, Paris, 15 mai 1931 (*ibid*) où il est dit : « ... que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il est nécessaire que le tribunal examine en même temps les deux demandes et tout d'abord l'action en nullité de mariage qui, si elle était reconnue fondée, rendrait inutile la demande en divorce ».

1. Voir *infra*, p. 144.

seul des époux qui est défendeur dans l'action en divorce, ne puisse être ni dissous ni annulé, ce qui n'est pas du tout l'intention de la loi, ni de la doctrine[1].

c. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, c'est-à-dire, que l'époux ait formé une demande reconventionnelle tendant à la nullité du mariage, ou qu'il ait invoqué la nullité comme simple moyen de défense, la solution logique devrait être que la question de nullité est une question préjudicielle et qu'elle devrait être résolue avant celle du divorce, étant pour celle-ci une fin de non-recevoir. Conformément à cela, les faits invoqués comme cause de divorce auraient contenu l'élément constitutif du mariage existant. Mais telle n'est pas l'avis de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. Elle a décidé que la nullité ne peut être prononcée que par la voie d'une action principale[2], étant donné « que parmi les fins de non recevoir pouvant être opposées à la demande de divorce ne figure pas la demande en nullité du mariage ». — Du point de vue textes légaux, on peut défendre l'opinion de la Chambre des Requêtes et surtout l'affirmation elle-même, sans tenir compte des conséquences, car il est vrai que la tendance générale dans la jurisprudence[3] et la doctrine[4] est de considérer les fins de non-recevoir opposables à une demande en divorce comme limitativement énumérée par la loi. Mais rien au monde ne s'oppose à demander la nullité du mariage par une demande reconventionnelle ; d'après

1. Même pas de l'auteur de la note dans S. 1933.1.97, Mme Béquignon-Lagarde, qui laisse entendre que la solution positive est possible.
2. Req., 7 mars 1932 (S. 1933.1.97 et la note de Mme Béquignon Lagarde).
3. Req., 6 décembre 1897 (S. 1898.1.320) ; Req., 24 octobre 1906 (D. 1907.1.246).
4. Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 532.

le principe de la plus sage économie de procédure, même dans le cas de deux demandes principales, l'une en divorce et l'autre en nullité, on arriverait à leur jonction dans les cas les plus fréquents où toutes les deux sont pendantes devant un même tribunal. La jonction aura lieu à cause de leur connexité étant donné qu'elles ont un même objet, c'est-à-dire le même mariage. En outre, la nullité du mariage est un moyen de défense qui peut très bien être invoqué dans une demande reconventionnelle sur lequel le juge de l'action doit se prononcer. La fragilité de la solution de la Chambre des Requêtes apparaît d'une façon décisive sur le plan des conséquences juridiques d'une telle attitude[1].

Quoiqu'il en soit, elle est de droit positif et revient à dire que les époux divorcés peuvent intenter l'action en nullité, ce qui concorde avec la solution jurisprudentielle d'après laquelle les ex-époux divorcés peuvent demander la nullité du mariage déjà dissous par le divorce s'ils ont un intérêt actuel[2].

Si l'on se place au point de vue des causes de divorce, cette solution aboutit aux conséquences suivantes : une première, complètement correcte, que la validité de l'élément de mariage existant ne se trouve pas diminuée étant donné que le divorce précède l'annulation du mariage ; une deuxième, que les deux institutions, celle de divorce et celle de nullité de mariage, fonctionnent ensemble et parallèlement, quoique celle de divorce s'exerce d'abord dans le temps et cela malgré la possibilité pratique et théorique d'exclusion de divorce par la nullité ; enfin une troisième, qu'au lieu d'une action

1. Voir la note précitée de Mme Béquignon-Lagarde.
2. Req., 24 mai 1892 (D. 1893.1.412) la diminution ou l'augmentation de la pension alimentaire, par exemple.

unificatrice et coordonnante, la Chambre des Requêtes dans son travail hâtif, a creusé encore plus l'abîme entre les deux institutions, abîme qui existe déjà dans le droit légal.

V. — Si l'on se place au point de vue de la nullité, l'existence du mariage est exigée comme condition et élément de chaque cause de divorce *au moment de la dissolution* du mariage, c'est-à-dire au moment où le jugement de divorce intervient. Un autre aspect, beaucoup plus concret et pratique de la question se présente très souvent dans la jurisprudence, à savoir s'il est possible qu'un fait antérieur au moment de la célébration du mariage devienne une cause de divorce.

La réponse logique à cette question peut aussi être donnée sur le plan de l'intention exigée et du caractère personnel, mais il vaut mieux l'isoler pour en souligner l'importance.

On ne peut logiquement prendre un fait comme raison de dissolution d'une institution qui n'existe point au moment où le fait en question s'est déroulé. Les états et les situations juridiques englobent les faits qui leur sont contemporains, mais n'englobent pas ceux qui leur sont antérieurs ou postérieurs. Un fait antérieur au mariage qui s'est passé même entre les futurs époux et réunissant tous les autres éléments d'une cause de divorce ne peut jamais le devenir, car ce fait ne s'insère pas dans cette situation juridique qu'est le mariage et ne peut agir sur elle [1]. D'ailleurs on peut supposer que le mariage efface entre les époux tous les points qui pouvaient exister antérieurement [2].

1. Avant le mariage les futurs époux sont deux êtres sans aucun lien juridique : les effets du mariage ne rétroagissent pas.
2. PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, t. II, par ROUAST, n° 518.

Mais, vu d'un côté, l'extension du divorce et de l'autre la rigidité relativement trop grande de l'institution de la nullité de mariage, on s'est vite rendu compte que les deux institutions peuvent se suppléer. En outre le relâchement général des règles morales qui régissent le mariage s'est répercuté sur la vie des époux, même au-delà du moment initial du mariage, ce qui était admis par les mœurs et la morale générale du milieu. On s'est mis à invoquer que le mariage est non seulement une union de toute la vie (*consortium omnis vitae*) mais aussi de deux vies toute entières. Il n'y a pas une seule activité de l'un des époux qui ne touche l'autre époux de très près ; et plus encore, il n'y a pas un seul moment important de la vie antérieure de tous les deux qui ne puisse être considéré comme important pour l'autre. L'unité psychique et morale importe pour l'accord conjugal, autant que l'unité physique, le mariage étant une des manifestations les plus importantes de la vie humaine. Or, il arrive souvent que les faits antérieurs « peuvent entraîner au cours du mariage, des conséquences durables, inévitables et injurieuses »[1]. La vie conjugale devient aussi intolérable et impossible que si les faits dataient d'après la célébration du mariage.

Pour les situations de ce genre, la loi n'offrait pas de remèdes. Elle parlait avant la réforme de l'adultère du *mari* et de la *femme* et aussi des *époux* à propos des excès, sévices et injures « l'un de envers l'autre » (ancien art. 231 du C. civ.) ; le terme *époux* était aussi employé à propos de la condamnation criminelle. Aucune mention des faits antérieurs au mariage. Les travaux préparatoires du Code civil ainsi que ceux de la loi du 27 juillet 1884

1. Trib. civ. de Gannat, 3 avril 1933 (S. 1933.2.164).

sont muets sur ce point. La loi n'autorise donc pas la prise en considération des faits antérieurs au mariage en vue de les ériger en cause de divorce.

Mais comme dans tous les domaines de l'organisation juridique légale, le droit du législateur n'est pas le droit positif, le droit vivant et applicable dans une société. C'est donc dans le droit jurisprudentiel qu'il faut le chercher. C'est seulement après avoir passé à travers le prisme jurisprudentiel et s'être projeté sur la réalité sociale dans toute sa plénitude que le droit légal devient positif.

a. Il existe un premier grand groupe de faits antérieurs au mariage et que la jurisprudence d'avant la réforme considérait comme causes de divorce. Ce sont les faits antérieurs mais dissimulés par un époux à l'autre au moment même du mariage. Ces faits antérieurs peuvent être divers, mais ceux que l'on rencontre le plus fréquemment dans la jurisprudence sont l'impuissance du mari[1], l'inconduite de la femme[2], l'état ecclésiastique[3], une condamnation antérieure[4]. La jurisprudence déplace le centre de la question et considère les faits antérieurs au mariage comme causes de divorce, parce que, dit-elle, ils ne sont pas antérieurs, ils se placent au moment même de la célébration du mariage, c'est-à-dire au moment où la dissimulation a lieu. Les tribunaux et les cours placent cette dissimulation au moment de la

1. Trib. civ. de Dax, 30 novembre 1906 (D. 1907.2.135); Orléans, 4 mars 1904 (S. 1904.2.301); Req., 25 janvier 1922 (D. 1924.1.7).

2. Lyon, 4 août 1891 (D. 1892.2.219); Trib. de Colmar, 9 mars 1898 (S. 1899.4.20); Trib. civ. de Bar-sur-Aube, 6 décembre 1902 (S. 1903.2. 52) — les cas où il s'agit de la grossesse antérieure de la femme. — Paris, 25 mai 1837 (Dalloz, Rép. alph. V° *sépar. de corps*, n° 61) et où la femme avait été inscrite sur les registres de la police des mœurs.

3. Trib. civ. de la Seine, 19 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 30 mai 1888).

4. Req., 8 mars 1904 (D. 1904.1.475); Req., 26 juillet 1893 (D. 1894. 1.260).

célébration du mariage et si le fait dissimulé est révélé par l'époux coupable même après le mariage [1]. Ce raisonnement n'est pas valable car au moment de la célébration du mariage, c'est-à-dire au moment où l'officier de l'état-civil procède à la célébration du mariage, aucun aveu de ce genre n'est possible. Il doit plutôt se placer avant la célébration du mariage, c'est-à-dire pendant les fiançailles. Ainsi placé, ce fait d'aveu est antérieur au mariage, ce qui revient à dire que le centre de la question malgré l'effort fait par la jurisprudence, ne se trouve pas déplacé. Sa réfutation se ramène à la réfutation des faits antérieurs à proprement parler [2]. D'ailleurs la jurisprudence en décide autrement, si le fait antérieur « était de notoriété publique avant le mariage » [3].

b. Un deuxième groupe de faits antérieurs est admis par la jurisprudence d'avant la réforme comme cause de divorce, s'ils « sont de nature à entraîner des conséquences inévitables et injurieuses pour l'autre époux, au cours même du mariage » [4].

Dans le premier groupe de faits la jurisprudence croyait avoir déplacé le fait de dissimulation, sinon après le moment de la célébration du mariage, du moins au moment même. Ce n'est pas, d'après elle, le fait dissimulé, mais le fait même de la dissimulation qui est envisagé comme fait matériel, constitutif de la cause de divorce. — Dans le deuxième groupe, le couple de faits existe aussi : le premier est incontestablement placé avant le mariage et le deuxième (ou les deuxièmes,

1. Lyon, 4 août 1891 (D. 1892.2.219).
2. Voir *infra*, p. 22.
3. Grenoble, 13 décembre 1910 (D. 1913.2.159).
4. Lyon, 4 août 1891 (D. 1892.2.229) ; Gannat, 3 avril 1933 (S. 1933.2.164) ; Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21) ; Trib. civ. d'Ajaccio, 27 octobre 1933 (S. 1934.2.22).

puisqu'il s'agit *des* conséquences) après. Il s'agit de savoir lequel des deux faits est constitutif de la cause de divorce ? Si c'est le premier, on invoquera les arguments pour la réfutation des faits antérieurs ; si c'est le deuxième on se placera sur un autre plan, pour l'approuver ou le réfuter, et plus spécialement sur le plan de l'élément intentionnel.

D'après les jugements et arrêts qui statuent sur le deuxième groupe de faits, ce sont les faits antérieurs eux-mêmes qui constituent la cause de divorce et non pas leurs « conséquences durables, inévitables et injurieuses » qui se placent après le mariage. Celles-ci ne sont que les circonstances aggravantes qui qualifient les faits antérieurs et les perfectionnent, mais qui ne sont pas du tout envisagées indépendamment. « Considérant que si les fautes[1] des époux, antérieures au mariage, ne peuvent en principe, servir de base à une action en divorce, il en est autrement lorsque *ces* fautes ont été de nature à entraîner des conséquences inévitables et injurieuses pour l'autre époux, au cours même du mariage »[2]. Le jugement du tribunal civil de Gannat[3] s'exprime dans les mêmes termes : après avoir constaté « qu'aujourd'hui il existe une tendance marquée de la jurisprudence à admettre que les faits antérieurs au mariage peuvent suivant les circonstances, être une cause de divorce », et dit après avoir interprété l'article 231 du Code civil défavorable à cette tendance « attendu que cette interprétation de l'article 231 qui nous paraît en droit, la

1. Le terme *fautes* est employé dans le sens que nous donnons au terme *fait*. La Cour emploie le terme *fautes* parce qu'il est *imputable* à l'époux *coupable* et parce que les faits invoqués constituent une *faute* qui sera à base de la dissolution du mariage d'après la théorie du divorce-sanction.
2. Lyon, 4 août 1891 (D. 1892.2.219).
3. Trib. civ. de Gannat, 3 avril 1933 (S. 1933.2.164).

seule exacte, pourrait toutefois voir sa rigueur atténuée, si les *fautes* reprochées à l'un des époux *étaient* de nature à entraîner des conséquences durables, inévitables et injurieuses pour l'autre époux au cours même du mariage ».

Par ailleurs le même jugement dit qu'il convient pour les tribunaux d' « apprécier la portée des faits antérieurs qui peuvent constituer par eux-mêmes ou *par leurs conséquences* une injure grave ».

c. Donc si les deux groupes de faits sont en réalité antérieurs au mariage, on les réfutera par les mêmes arguments. Ces arguments on les trouve aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. Ils sont formels ou matériels.

Les arguments d'ordre formel sont ceux tirés des textes légaux. Le Code civil ne parle, comme nous l'avons dit [1], que des *époux* et des faits *de l'un envers l'autre* [2].

Les arguments qui touchent au fond, sont les suivants :

1° Ces faits antérieurs sont presque toujours qualifiés d'injure ou peuvent lui être assimilés, telle une condamnation criminelle. Or l'injure était toujours conçue comme « une violation des devoirs que le mariage impose » et « ces devoirs commencent seulement lorsque, par sa célébration, le mariage est devenu un fait accompli » [3]. Il n'y a donc pas de manquements aux devoirs du mariage, manquements conçus comme fautes et que le divorce doive sanctionner. Ce qu'il peut y avoir, si la personne du futur époux, c'est-à-dire celle du fiancé

1. Voir *supra*, p. 18.

2. Dans ce sens, presque tous les auteurs : Huc, *op. cit.*, t. II, n° 294 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 14e édit., par P. Guyot ; 1926, t. I, n° 625 ; Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 518 ; De Page, *op. cit.*, t. I, n° 853-4°.

3. Trib. civ. de Gannat, 3 avril 1933 (précité).

à ce moment, est déterminée et connue, ce sont les manquements aux devoirs qui découlent de la promesse de mariage, des fiançailles [1]. Or, personne n'a jamais songé à sanctionner ces manquements par le divorce du mariage à venir, même si ces manquements ne sont connus de l'autre fiancé, qu'après la célébration du mariage en tant qu'époux. Dans ce cas, il ne peut s'agir que d'une nullité éventuelle de mariage et non de divorce, non pas à cause des manquements aux devoirs de fiancé, mais plutôt par suite d'une erreur sur la personne. Si dans ce cas donné, le droit positif n'admet pas l'annulation du mariage et si l'on fait intervenir l'institution du divorce, on procède à la confusion qui peut s'expliquer historiquement et par les nécessités sociales, mais qui doit être identifiée du point de vue juridique.

2° Si l'on se place maintenant au moment du fait antérieur lui-même, la personne du futur époux est le plus souvent inconnue et même si elle est connue, il existe une incertitude complète sur sa future qualité d'époux. Celle-ci reste, pour le moment, purement éventuelle. L'auteur de ce fait antérieur si l'on se rapporte à son intention de nuire à son conjoint futur et éventuel ne peut avoir cette intention précise et bien arrêtée. Dans la plupart des cas, son futur conjoint lui est inconnu et il pêche envers lui *in abstracto*. Aussi, vouloir faire du divorce la sanction d'une telle faute, c'est vraiment

1. On est d'accord sur le point que les fiançailles ne produisent aucun effet juridique (PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, nos 81 et suiv.; JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, nos 742 et suiv.), partant, pas de devoirs ni d'obligations juridiques. Tout ce qui pourrait exister, c'est une obligation naturelle — et une ancienne jurisprudence reconnaissait son existence (Req., 5 mars 1839, dans *Dalloz, Répert. alph.* V° *Mariage*, n° 91, note 4; — *Contra* : JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, n° 743) — ou comme disent les auteurs « une obligation de conscience » (PLANIOL-RIPERT, t. II par ROUAST, n° 83-1°; JOSSERAND, *op. cit., loc. cit.*).

trop vouloir. Un fait antérieur ne peut contenir l'élément personnel ni l'élément intentionnel. Il les exclut par impossibilité matérielle de les réunir dans le temps. Disposés dans le temps par hypothèse ou par définition de façon à ce que l'un, le fait, soit antérieur au mariage, l'autre, l'élément personnel et avec lui l'élément intentionnel, postérieur, il s'ensuit qu'il ne peuvent coexister. Autrement dit, il est nécessaire de poser l'existence du mariage comme une condition d'existence de cause de divorce : sans mariage existant, pas de cause de divorce.

Mais malgré ces arguments que l'on retrouve dans la doctrine [1] et la jurisprudence [2], une pression s'est exercée, pression de la réalité sur les tribunaux et les cours et ceux-ci ont cédé. La doctrine s'est inclinée et elle finit par approuver une telle attitude de la jurisprudence [3], tout en y voyant un moyen de suppléer à la théorie de la nullité du mariage que beaucoup d'auteurs trouvent trop étroite [4].

d. Mais quoique la jurisprudence et la doctrine aient admis, avant la réforme, le principe que les faits antérieurs au mariage puissent devenir causes de divorce, il ne faut pas croire qu'il n'y ait pas eu de réaction contre ce principe.

1. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 3e édit., t. I, n° 324 *bis*, VI ; Huc, *op. cit.*, t. II, n° 294 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 476, p. 282 et notes 24 bis, 24 *quater*, p. 283, note 26 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 625.

2. Tribunal d'Empire, 9 mai 1884 (S. 1886.4, 5) ; Dijon, 19 février 1890 (S. 1890.2.111) ; Bordeaux, 1er décembre 1913 (S. 1914.2.199) ; Trib. civ. de Gannat, 3 avril 1933 (S. 1933.2.164).

3. Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 518 ; De Page, *op. cit.*, t. I, n° 853-4° ; Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 521.

4. Gilbert, *Des causes de nullité du mariage qui sont en même temps un cause de divorce*, thèse, Paris, 1930, dernier chapitre ; Planiol-Ripert t. II, par Rouast, nos 103 et 104 ; De Page, *op. cit.*, t. I, n° 853-4° ; Colin Capitant et L. Julliot de La Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Xe édit., Paris, 1942, n° 251.

Un jugement de tribunal d'Empire[1] décide que « les faits constitutifs des injures graves doivent s'être passés après la célébration du mariage ». Un autre arrêt de la Cour de Dijon[2] décide « que les faits antérieurs au mariage ne peuvent servir de base à une demande en divorce, ni à raison de leur nature propre ni à raison de cette circonstance que l'époux défendeur les aurait dissimulés à son futur conjoint, car dans ces conditions, silence gardé par lui, ne saurait constituer une injure grave, dans le sens de l'article 231 Code civil qui exige que l'injure ait été commise par un époux vis-à-vis de son conjoint »[3]. Tout récemment la Cour de Riom dans un des considérants d'un arrêt[4] dit : « qu'il résulte des termes de l'article 231 du Code civil, aussi bien que de l'esprit de ce texte, que seuls peuvent être retenus comme injurieux les faits postérieurs à la célébration du mariage[5].

La doctrine a réagi presqu'unanimement et a proposé des solutions[6].

Mais ce qui reste à retenir c'est que l'élément de mariage existant, tout en s'imposant par sa nécessité logique n'était exigé dans le droit positif d'avant la réforme

1. Trib. de l'Empire, 9 mai 1884 (S. 1886.4.5).
2. Dijon, 19 février 1890 (S. 1890.2.111).
3. Dans le même sens, Bordeaux, 1er décembre 1913 (S. 1914.2.199) et Trib. civ. de Cambrai, 28 mars 1888 (D. 1888.5.165).
4. Riom, 24 mai 1934 (D.H. 1934, 455 ; S. 1936.2.21).
5. Cet arrêt de la Cour de Riom est intervenu sur l'appel contre un jugement du Tribunal civil de Gannat du 3 avril 1933 (S. 1933.2.164), qui décide dans le même sens, mais dans une autre ordre d'idées. Après avoir dit, qu'en principe les faits antérieurs peuvent devenir causes de divorces «suivant les circonstances » le jugement remarque « que les tribunaux doivent apprécier la portée » de ces faits. C'est en se fondant sur ce pouvoir d'appréciation et non pas sur le principe tiré du texte et de l'esprit de l'article 231, C. civ., qu'il a éloigné les faits antérieurs en décidant qu'ils ne sont pas susceptibles d'être proclamés cause de divorce.
6. R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937, l'article intitulé *Le dynamisme du divorce* ; Gibert, thèse précitée, dernier chapitre.

qu'au moment du jugement de divorce. Son existence au moment où le fait susceptible de devenir cause de divorce, se déroule, n'était pas considérée comme nécessaire. Les faits matériels destinés à être érigés en cause de divorce pouvaient se passer avant la célébration du mariage.

VI. — La nouvelle loi ne s'est pas expressément occupée de la question, la jurisprudence postérieure à la publication de la loi n'a pas eu à se prononcer sur ce sujet [1].

Quelle est alors la solution du droit positif ? On ne le sait pas. Nous tâcherons de l'esquisser à l'instar des autres [2].

Le nouvel article 232 du Code civil, commence par la formule : « En dehors des cas prévus aux articles 229, 230 et 231 du présent Code, les juges ne peuvent prononcer le divorce... que pour excès, sévices ou injures... ». Vu la jurisprudence antérieure à la réforme qui envisageait souvent parmi les faits antérieurs l'adultère et la condamnation criminelle, on pourrait penser que la nouvelle formule écartait les faits antérieurs mais seulement dans les cas où ils appartiennent à des catégories énumérées dans les articles 229-231, c'est-à-dire soit l'adultère soit la condamnation à une peine afflictive et infamante. Or il n'en est rien. Comme nous l'avons souligné, la qualification de tous les faits antérieurs, admis par la jurisprudence d'avant la réforme comme cause de divorce,

1. Du moins, celle qui nous était accessible.

2. Vizioz, *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1941 ; Carbonnier, dans D.C., 1941.1.61 ; Colin-Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 251. — Le bruit court que c'est M. Vizioz qui est l'auteur de la loi du 2 avril 1941. Cela concorde assez bien avec la date de l'apparition de son livre et aussi avec son attitude envers l'œuvre de la réforme.

est celle d'injure. Par conséquent, cette suggestion de la formule initiale du nouvel article 232 du Code civil, n'apporte aucun changement sur le point qui nous intéresse. Ces changements, on doit les chercher dans les autres innovations apportées au chapitre premier du titre sixième du Code civil.

Il faut dire tout d'abord que tous les termes de l'ancienne rédaction des articles 229-332 du Code civil, qui parlaient des *époux* et *de l'un envers l'autre* se retrouvent dans la nouvelle rédaction des mêmes articles.

La première innovation qui se trouve dans le nouvel article 232 du Code civil et qui dit que les faits d'excès, sévices et injures doivent constituer « une violation... des devoirs et obligations résultant du mariage » était déjà connue dans la jurisprudence avant la réforme de 1941 et par conséquent nous l'avons prise en considération en la critiquant. Tout ce que l'on peut ajouter c'est que le législateur en insérant cette idée dans le texte légal, a voulu en faire le droit positif et exclure ainsi tous les faits antérieurs au mariage de la notion de divorce. Positivement parlant, il a voulu imposer le mariage existant comme élément constitutif de chaque cause de divorce. A côté des termes *époux* et *l'un envers l'autre*, l'idée de mariage existant est exprimée par les termes de *devoirs et obligations* résultant *du mariage*.

La deuxième innovation apportée à l'article 232 et qui exige que les faits d'excès, sévices et injures « rendent intolérable le maintien de la vie conjugale » reprend encore une fois l'idée de mariage en parlant de la vie conjugale. Mais la formule, non seulement n'exclut pas la possibilité que ce soient les faits antérieurs qui rendent la vie conjugale intolérable : elle la rend très

facilement concevable. Et si l'on ne peut tirer aucune argumentation suffisante d'ailleurs, on pourrait facilement prétendre que le fait d'avoir laissé à la jurisprudence la possibilité de persister dans sa voie prouve qu'il consacre la jurisprudence antérieure comme il l'a fait sur d'autres points[1].

Dans le même chapitre, celui qui parle des causes de divorce, la réforme de 1941 a ajouté un nouvel article 233. Son essence est, que le divorce ne peut être demandé et à plus forte raison obtenu, pendant les trois premières années qui suivent le jour de la célébration du mariage. Autrement dit, les faits susceptibles de devenir causes de divorce, même s'ils réunissent tous les éléments nécessaires, ne peuvent servir de base à la dissolution du mariage pendant les trois premières années, parce que le législateur compte sur un apaisement et par suite, sur la consolidation des liens conjugaux. Cet article exprime mieux que n'importe lequel de la loi du 2 avril 1941 le but poursuivi par le législateur et l'esprit qu'il a voulu donner à l'institution du divorce. Si l'on admet que les faits antérieurs au mariage peuvent servir de base à la dissolution on va ostensiblement à l'encontre du but et de l'esprit de la loi du 2 avril 1941. On arriverait à obtenir le divorce pour les faits antérieurs tandis que le législateur s'est efforcé de ne pas l'admettre, tout au moins pendant une période de trois ans, même pour les faits postérieurs.

Quoi qu'il en soit on peut souhaiter et même exiger une révision de l'attitude jurisprudentielle. La jurisprudence doit imposer, comme un élément constitutif et essentiel

1. C'est le cas de la distinction des causes en péremptoires et facultatives. — Voir *infra*, p. 124 et suiv.

de la notion de divorce *le mariage existant*, au moment où le jugement de divorce intervient et surtout au moment où s'accomplit le fait matériel qui constitue le noyau de la cause de divorce. A cet effet, elle peut se fonder sur les arguments suivants :

1° les termes *époux, l'un envers l'autre*, qui existaient et qui existent toujours dans les textes légaux ;

2° les termes des *devoirs* et *obligations* résultant *du mariage* ;

3° la raison logique qui exclut la possibilité pour un fait qui se trouve complètement en dehors d'une situation juridique de devenir la base de son changement, car un fait antérieur n'est qu'en rapport unilatéral (par la personne de son auteur), avec le mariage qui est une situation juridique comprenant deux personnes ;

4° le texte et l'esprit de l'article 233 du Code civil excluent radicalement l'admission des faits antérieurs comme causes de divorce.

Vu les termes formels des textes légaux, le contrôle de la Cour de Cassation est possible dans le sens indiqué [1].

§ 2. — Fait matériel

Le deuxième élément de la définition initiale de cause de divorce est un fait positif ou négatif accompli par l'un des époux.

En effet, le Code civil, aussi bien avant la réforme qu'après, parle d'adultère, de condamnations à une peine afflictive et infamante, d'excès, sévices et injures. Peu importe ce que l'on entendra par tous ces termes, il s'agit toujours d'un fait, d'un acte ou d'un non-acte,

1. Voir *infra*, p. 136 et suiv.

c'est-à-dire d'un comportement humain bien limité dans le temps, d'une durée presqu'instantanée [1].

Le mariage est, en principe une institution indissoluble qui consiste en la société de deux personnes. On peut dire qu'il est la forme normale de la vie humaine de notre civilisation. Il consiste en une interpénétration la plus complète qui puisse être imaginée entre deux êtres : leurs existences physiologique, psychique et sociale sont si unies que chaque acte ou non-acte de l'un se répercute sur l'autre. Chaque acte ou non-acte a un sens et s'insère suivant un finalisme biologique ou social dans leur vie commune en vue de sa durée, sa réalisation ou ses manifestations. Le finalisme et le sens de tous ces faits sont déterminés d'après les règles sociales du milieu, les règles morales, les règles de convenance et enfin les règles juridiques. Il est certain que nulle part, les règles morales n'ont eu autant de prise qu'en cette matière sur les règles juridiques, l'histoire de leurs rapports le démontre irréfutablement.

Il s'agit ici de formuler un critère qui permettra de choisir d'après les règles juridiques ceux parmi les faits qui se passent entre les époux, qui peuvent, en réunissant les autres éléments nécessaires, devenir cause de dissolution du mariage. Nous nous appliquerons à dégager ce critère pour chacun des faits que le Code civil consi-

1. Il est assez difficile d'englober dans cette définition du fait matériel la condamnation de l'article 231 du Code civil. Celle-ci a un caractère si réfractaire qu'elle rompt presque toujours l'harmonie des constructions théoriques et ne va presque jamais de pair avec les autres faits matériels. D'ailleurs nous n'avons pas trouvé de définition sociologique du fait social qui aurait pu servir de modèle à notre définition du fait matériel. — On peut de toute façon considérer la condamnation comme la cristallisation et l'expression sociale d'un acte (ou non-acte) ou comportement d'un des époux. Cette expression, une fois juridiquement déterminée, il n'est plus besoin d'une nouvelle détermination juridique ; c'est cela qui explique sa résistance à toute nouvelle systématisation théorique.

dère comme le noyau d'une cause de divorce. Nous tâcherons d'employer à cet effet les données législatives, jurisprudentielles et doctrinales d'avant la réforme, pour voir ensuite ce que celle-ci a apporté de nouveau et quel est le droit positif actuel. Sur ce dernier point, il faut croyons-nous, tenir compte également du souffle idéologique actuel.

I. — Le Code civil énumérait ces faits dans les articles 229-232 sans les définir ni les préciser. Parmi eux, il y en avait deux qui étaient très précis, l'un moins, et un dernier pas du tout [1].

En effet, on sait exactement ce qu'est un adultère. La technique juridique emploie un terme qui revêt des contours précis dans le langage ordinaire, de sorte que le manque de définition légale n'empêche nullement de savoir que le fait d'union sexuelle d'un époux avec une personne de sexe différent, autre que son conjoint [2], constitue un adultère et rentre dans la catégorie des faits admis comme causes de divorce [3].

Les textes légaux ne parlent pas d'autre faits assimilables à l'adultère, non plus que de sa tentative [4]. De tous les faits que l'homme peut trouver dans cette gamme de rapprochements, de pratique occasionnelle ou prolongée, de commerce sexuel entre un époux et une per-

1. JOSSERAND, t. I, n° 913.
2. L'existence du mariage est donc la première condition de l'adultère.
3. Ici nous n'entrons pas dans la discussion de l'élément intentionnel de l'adultère : voir *infra*, p. 65 et suiv. — Cette définition ne vise que le fait matériel.
4. Voir sur ce point le Code civil allemand, article 1565 qui assimile à l'adultère la bigamie et les pratiques sexuelles contre nature. — Ces faits peuvent devenir causes de divorce en droit français, soit en tant qu'injures, soit parce qu'ils entraîneront des condamnations afflictives et infamantes. Dans ce dernier cas, le civil est en dépendance du pénal, ce qui n'est pas le cas pour l'adultère, en tant que fait pouvant constituer une cause de divorce.

sonne étrangère, il n'y a que l'union physique, au moins commencée, qui puisse être retenue comme fait susceptible d'être érigé en cause de divorce. — On voit combien ce fait est précis, défini et déterminé.

La jurisprudence [1] et la doctrine [2] n'ont pu que suivre la loi, parce que sur ce point aucune controverse n'est possible.

La réforme n'a rien apporté de nouveau, puisqu'elle n'a fait que reproduire les articles 229 et 230 du Code civil.

Mais ces faits matériels si strictement définis et qui constituent l'essence de l'adultère perdent en précision devant les tribunaux, à cause de la preuve. Etant par leur nature de caractère intime, les preuves en sont limitées. Elles consistent habituellement en présomptions graves, précises et concordantes [3]; l'aveu, les témoins, les lettres missives, tout cela ne fait que préciser les présomptions, mais jamais démontrer l'existence du fait matériel de l'adultère. Pourtant il arrive souvent que celui-ci ne puisse être douteux [4]. Toutefois, on peut facilement imaginer les cas où l'adultère peut être inventé de toutes pièces et où le divorce s'ensuive. Il faut que les juges soient parfaitement convaincus. Cela jette déjà une ombre sur la clarté cristalline de l'adultère

1. De nombreux arrêts : Nancy, 12 novembre 1884 (D. 1886.2.31); Req., 13 novembre 1889 (D. 1890.1.36); Req., 5 août 1901 (D. 1901.1.470); Civ., 29 janvier 1936 (S. 1936.1.312; D. 1937.1.15 et les notes); Civ., 1er mai 1939 (S. 1939.1.227; D.H. 1939, 337; *Sem. jurid.* 1939, 1168 et les notes).

2. Demante, *op. cit.*, t. II, n° 223 *bis*; — Huc, *op. cit.*, n° 289; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 22; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 476 *bis*, I° *a*), p. 275; — Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 508; — De Page, *op. cit.*, t. I, n° 859; — Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 914.

3. Req., 13 novembre 1889 (D. 1890.1.36); — De Page, *op. cit.*, t. I, n° 859.

4. Civ., 29 janvier 1936 (S. 1936.1.312).

et met en question le caractère péremptoire qui lui est facilement attribué par la jurisprudence et souvent par la doctrine[1].

II. — Une autre catégorie de faits précis, déterminés et mieux définis que l'adultère est celle de la condamnation à une peine afflictive et infamante. En effet, c'est l'aboutissement de toute une organisation juridique et judiciaire[2] qui est prise comme fait susceptible de devenir cause de divorce. Peu importe, le fait est couvert par la condamnation, c'est la condamnation elle-même qui constitue le fait matériel susceptible de constituer le noyau de cause de divorce. L'article 7 du Code pénal énumère les peines qui sont considérées comme afflictives et infamantes et le livre III du Code pénal les applique aux différents délits. Les juridictions pénales les concrétisent et la preuve est l'une des plus précises et des plus faciles. Pour ainsi dire, il n'y a pas de point où les controverses seraient possibles. Ainsi la jurisprudence[3] et la doctrine[4] sont complètement uniformes et d'accord sur tous les détails qui concernent ce groupe de faits.

La réforme n'a fait que reproduire le texte de l'ancien article 232 du Code civil et en lui donnant le numéro 231, le détail qui ne change rien sur le plan qui nous intéresse ici, mais qui a toutefois une importance capitale pour une autre question[5].

1. Voir *infra*, p. 124 et suiv.
2. Un des rares points dans le droit privé et surtout dans le droit de la famille, où cet effet est utilisé, car le droit de la famille plonge dans la morale, les convenances et les habitudes et non pas dans les autres structures sociales juridiquement organisées.
3. Angers, 11 décembre 1884 (D. 1885.2.273).
4. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 62; — Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n°s 510-512.
5. Voir *infra*, p. 124.

III. — Sur les deux groupes de faits, prévus par la loi et entièrement déterminés que la doctrine, suivie par la jurisprudence, a érigé en causes péremptoires [1] il n'y a jamais eu de doute. Mais le « dynamisme » du divorce et peut-être aussi la logique intérieure de ces deux groupes de faits déterminés ont permis à la jurisprudence d'en rapprocher toutes une masse de faits et de les mettre comme cause de divorce grâce à la possibilité offerte par ce fait indéterminé qu'est l'injure. Ainsi la tentative d'adultère [2] et surtout l'attitude et l'inconduite de l'un des époux [3], l'isolement dans lequel le mari tient sa femme [4], les simples relations d'amitié que l'un des époux entretient avec un tiers [5] d'un côté et certaines condamnations correctionnelles [6] de l'autre, ont été retenus comme causes de divorce [7].

La nouvelle loi a-t-elle apporté quelques changements à cet élargissement, qui à la fin du compte a abouti à l'amplification des notions déterminées et limitées par le législateur d'adultère et de condamnation à une peine afflictive et infamante. Il est vrai que ces élargissements n'ont jamais été qualifiés autrement que d'injures. Or celle-ci est singulièrement large dans la conception

1. Voir *infra*, p. 124 et suiv.
2. Req., 18 décembre 1894 (D. 1895.1.260).
3. Aix, 11 août 1875 (D. 1876.2.134) ; Trib. civ. d'Auxerre, 3 mai 1881 (S. 1881.2.143) ; Riom, 22 décembre 1886 (D. 1887.2.230) ; Toulouse, 1er août 1890, (D. 1891.2.364) ; Caen, 30 juin 1891 (D. 1893.2.368).
4. Req., 30 novembre 1898 (D. 1899.1.358).
5. Req., 19 juillet 1909 (D. 1909.1.503) ; Req., 10 janvier 1911 (S. 1911.1.36) ; Req., 28 mars 1933 (S. 1938.1.179) ; Req., 8 juin 1839 (D.H. 1938, 421) ; Req., 7 mai 1934 (*Gaz. Pal.*, 1935.2.481).
6. Trib. civ. de Saumur, 2 août 1862 (D. 1862.3.72) ; Toulouse, 7 juillet 1886 (D. 1888.2.52) ; Toulouse, 31 décembre 1888 (D. 1890.2.104) ; Angers, 10 aril 1896 (D. 1896.2.439) ; Paris, 4 décembre 1899 (S. 1900.2.77).
7. On peut même citer un arrêt — Req., 26 juillet 1893 (D. 1894.1.260) — où le fait retenu comme le noyau de la cause de divorce est la condamnation à une peine afflictive et infamante d'un membre de la famille du mari, et encore que cette condamnation fût antérieure au jour de la célébration du mariage.

d'avant la réforme et avait précisément pour effet d'élargir ce que le législateur avait délimité.

Il faut se poser la question de savoir si le législateur de 1941 a voulu supprimer cet effet d'élargissement de deux causes déterminées. Ce qui fait que la question peut se poser, c'est la formule initiale de l'article 232 du Code civil. « En dehors des cas prévus aux articles 229, 230 et 231 du présent Code », il n'y aura de divorce que dans les cas d'excès, sévices et injures dit cet article. Au premier abord, on peut supposer que tous les faits qui se rapprochent de ceux des articles 229-231 mais qui n'atteignent pas leur perfection et leur degré, sont exclus de la notion de cause de divorce, car ils n'entrent pas non plus dans les catégories de l'article 232 du Code civil justement à cause de sa formule initiale.

Or il n'en est rien, du moins en ce qui concerne les faits qui se rapprochent de l'adultère. Ce sont les faits typiques d'injure et nous les retrouverons en essayant de déterminer les faits qu'elle comprend.

En ce qui concerne les faits qui se rapprochent de la condamnation criminelle, il peut y avoir doute, car la condamnation correctionnelle elle-même, parallèlement à la condamnation criminelle, n'entre pas à première vue dans la catégorie d'injures quoique cela puisse être discuté, comme nous le verrons plus loin. Mais d'après la jurisprudence [1], ce n'est pas la condamnation correctionnelle elle-même qui est prise comme un fait pouvant constituer l'injure, mais les faits pour lesquels la condamnation correctionnelle est intervenue.

Or la question ainsi posée, le doute tombe, car l'injure peut englober n'importe quel fait pourvu qu'il remplisse

1. Angers, 13 avril 1896 (D. 1896.2.439).

certaines conditions que nous aurons à déterminer. Ce que l'on peut dire c'est que la formule initiale de l'article 232 du Code civil ne préjuge en rien à la discussion de la notion d'injure. On peut donc conclure encore une fois, en disant qu'elle ne signifie rien.

IV. — Un autre groupe de faits nous rapproche de la question centrale du divorce. Les excès et sévices de l'article 232 du Code civil ne trouvent pas non plus de définition dans aucun texte légal. Pour savoir ce que ces mots signifient dans la pensée du législateur il faut s'en référer aux travaux préparatoires. Le projet portant sur les causes de divorce et présenté au Conseil d'Etat par Portalis, comportait aussi et entre autres causes dans son article 2 : « les sévices ou mauvais traitements, la conduite habituelle de l'un des époux qui rend à l'autre la vie commune insupportable »[1]. La proposition de Boulay admettait l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre comme cause de divorce et les sévices et mauvais traitements comme causes de séparation de corps[2]. Les propositions de Berlier et Emmery sont, sur ce point identiques à la précédente[3]. Après de longues discussions à travers lesquelles on a passé par l'idée que seule la femme peut demander le divorce pour les sévices et mauvais traitements[4]; que le terme de sévices peut englober également l'attentat à la vie[5], etc..., on est arrivé à la rédaction définitive qui est entrée dans le

1. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. IX, p. 248.
2. *Id., op. cit.*, t. IX, p. 305.
3. *Id. op. cit.*, t. IX, p. 306 et 309.
4. On avait peur de rendre le mari ridicule en le faisant avouer que sa femme le maltraite (Fenet, t. IX, p. 357 et suiv.).
5. Sous cette expression « le mari pourra se plaindre des plus grands excès de la part de sa femme, même d'un attentat caractérisé à sa vie » (Observations de la section du Tribunat rapportées par Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 434). Le mot *excès* apparaît pour la première fois.

Code et qui y a subsisté jusqu'au 2 avril 1941. Cette proposition fût défendue devant le Corps législatif par Treilhard [1], au Tribunat par Savoie-Rollin [2] et encore devant le Corps législatif par Gillet [3]. — Dans les travaux préparatoires dela loi du 27 juillet 1884, on trouve la même conception des excès de sévices [4]. — En résumé, les excès et sévices ont, dans le texte légal, le sens de mauvais traitements matériels. Chaque voie de fait plutôt positive qui porte atteinte à l'intégrité physique d'un des époux, à sa vie et sa santé, constitue un excès ou des sévices.

La jurisprudence d'avant 1941 n'avait qu'à compléter cette notion. Elle y fait entrer aussi certains faits négatifs comme la privation de nourriture [5], de liberté de mouvements [6], elle l'a aussi complétée par certains faits positifs, comme la brutalité dans les rapports sexuels, provoquant des complications organiques ou maladies [7], la communication d'une maladie sexuelle [8].

La doctrine a cru pouvoir distinguer les excès des sévices comme certains moments des travaux préparatoires le laisse pressentir. Ainsi certains auteurs [9] appel-

1. « Il s'agit de véritables excès de mauvais traitements personnels, de sévices, dans toute la rigoureuse acceptation du mot *saevitia*, cruauté » (Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 478).

2. L'emploi des termes : excès et sévices « ne sauraient donner lieu à l'arbitraire des jugements » ; ils consistent en une « violence de corps ». (Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 502).

3. L'époux, auteur des faits en question, attente à « sa (de son conjoint) sûreté par des excès, à sa sécurité par des sèvices » (Fenet, *op. cit.* t. IX, p. 545).

4. Un sénateur voulant faire des excès, sévices et injures une cause de séparation de corps seulement, a dit : « sévices et injures graves, qu'est-ce que cela veut dire ? Tout ou rien. Cela veut dire le revolver ou la chiquenaude »... (D. 1884.4.101, n. 2, col. 3).

5. Bruxelles, 14 avril 1843 (*Pasier.*, 1834.2.38).

6. Rouen, 8 avril 1824 (*Dalloz, Jur. gén.* V° *sép. de corps*, n° 56, n. 3.

7. Poitiers, 3 décembre 1894 (D. 1895.2.64) ; Trib. civ. de Lille, 27 février 1925 (*Gaz. Pal.*, 1925.1.767).

8. Rennes, 14 juillet 1866 (D. 1868.2.163).

9. Demante, *op. cit.*, t. I, n° 324 ; — Huc, *op. cit.*, t. II, n° 292 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 35 ; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, par Bartin, § 276, p. 277.

lent *excès* les actes les plus graves, ceux qui mettent la vie en danger, tandis que les *sévices* seraient de simples voies de fait qui ne menaceraient ni la vie ni la santé. « Cette classification est arbitraire et contraire au sens naturel des mots, car il y a « excès » dès qu'on sort des bornes et ce qui est permis, tandis que le mot « sévices » exprime particulièrement l'idée de cruauté »[1].

Cet argument du sens naturel des mots n'est peut-être pas si concluant. Le sens naturel des mots n'est pas toujours respecté dans la technique juridique et pour ne pas chercher plus loin l'exemple des injures suffit[2]. Ce qui a été dit pendant l'élaboration de cette partie du Code civil est suffisamment éloquent pour réfuter cet argument. — Mais il y a autre chose : c'est que cette distinction n'est ni nécessaire ni utile. Elle ne sert à rien. Certains de la doctrine[3] ont soutenu que les excès sont des causes péremptoires et « absolues » de divorce. La Chambre des Requêtes en a décidé autrement[4]. Désormais aucune distinction n'est utile ; les juges du fond apprécient souverainement les excès ainsi que les sévices[5].

Sur ce point la nouvelle loi du 2 avril 1941 n'a apporté aucun changement : les mêmes termes légaux, à défaut d'indications contraires du législateur dans les deux documents qui, en quelque sorte, tiennent lieu des travaux

1. PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 521 ; — Cf. DE PAGE, *op. cit.*, t. I, n° 862 note 4. ; — COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, t. I, n° 245.
2. Cf. GÉNY, *Science et technique*, t. III, p. 479 et suiv.
3. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IV, n° 384 ; — BARTIN sur AUBRU et RAU, *op. cit.*, t. VII, § 476.
4. Req., 10 juillet 1900 (D. 1900.1.471) ; Req., 4 janvier 1905 (S. 1905. 1.136).
5. Si l'on acceptait le critère de causes péremptoires que nous proposons à savoir l'appréciation des éléments qualitatifs et rien de plus, dans ce cas, cette distinction n'aurait presque pas d'intérêt.

préparatoires [1], désignent après la réforme ce qu'ils désignaient déjà avant. Toutefois les innovations de l'art. 232 touchent, et cela est dit formellement, aux excès et sévices. Eux aussi doivent désormais constituer une violation des devoirs et obligations résultant du mariage.

Vu les autres éléments constitutifs de la notion de cause de divorce, cette innovation n'a, à notre avis, rien à suggérer sur ce point. On ne peut imaginer un fait qui satisfasse la définition d'excès ou de sévices, et qui de plus comporte l'élément personnel et intentionnel, qui ne viole pas par là un devoir ou une obligation résultant du mariage. Quoique l'ancienne disposition de l'article 213 du Code civil, d'après laquelle le mari doit protection à sa femme, ne soit plus contenue dans les textes légaux [2], on ne saurait en conclure que lui-même puisse exercer contre elle des voies de faits et de mauvais traitements matériels.

V. — Un dernier groupe de faits nous place au centre même de la question du fait matériel, élément de la cause de divorce : ce sont les injures.

Le Code civil emploie dans son ancienne rédaction de l'article 231 et dans la nouvelle rédaction de l'article 232, le terme *injures* ainsi que dans son article 955, sans toutefois en donner de définition. Dans le droit pénal, on trouve à propos de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, article 29, alinéa 2, la définition de l'injure. C'est « toute expression outrageante, terme de

1. L'allocution de M. le Garde des Sceaux radiodiffusée à la veille de la publication de la loi (le 12 avril 1941), rapportée dans D.C. 1941, L. 61 en note ; — Circulaire du même du 26 mai 1941 dans *Sem. jur.*, 1941, S.L. 4430.

2. L'ancienne rédaction de l'article 213 du Code civil abrogé par la loi du 18 février 1938 ne se retrouve dans aucun article du Code changés par la même loi.

mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ».

Mais cette définition ne peut être retenue car elle ne traduit pas du tout l'idée que le législateur se faisait de l'injure. En même temps, elle est contraire non seulement à l'étymologie et à la tradition, mais aussi à la même expression que le Code civil emploie ailleurs (art. 955, 2°) ; son rapprochement des mots *excès* et *sévices* indique mieux encore que ce n'est pas dans le sens pénal qu'il faut la prendre[1].

La définition légale faisant défaut, il convient d'en chercher le contenu ailleurs. Il faut se reporter aux travaux préparatoires du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884 pour voir quels sont les faits que le législateur voulait désigner par le terme d'injure.

La proposition de Portalis comprend « la diffamation publique, l'abandon du mari par la femme ou de la femme par le mari »[2]. La proposition de Boulay contient seulement comme cause de séparation « la diffamation publique et toute autre cause dont l'effet continué rendrait impossible la vie commune entre les époux »[3]. Elle admet également l'abandon comme celle d'Emmery : l'absence « légalement déclarée » peut devenir cause de divorce et injures celle de séparation[4]. Le même dans sa troisième proposition admet les injures graves comme causes de divorce et que seule la femme peut invoquer contre le mari[5]. La section législative du Tribunat change les injures graves en cause de divorce et cela pour les

1. Cf. GÉNY, *Sciences et techniques*, t. III, n° 259, p. 479 et suiv.
2. FENET, *op. cit.*, t. IX, p. 248.
3. *Ibid.*, p. 305.
4. *Ibid.*, p. 309.
5. *Ibid.*, p. 372.

deux époux[1]. Elle pense aussi que l'expression d'*injures graves* peut comprendre aussi le cas où un enfant serait né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage et que le mari désavouerait[2]. Au cours de la présentation du projet définitif devant les différents corps législatifs, les rapporteurs se sont exprimés à trois reprises sur la notion d'injures : « il ne s'agit pas de quelques paroles dures échappées dans des instants d'humeur ou de mécontentements, de quelques refus même déplacés... mais d'injures portant un grand caractère de gravité »[3] ; « les expressions d'injures graves... sont au moral ce que les autres (excès et sévices) sont au physique... elles sont la violence des sentiments »[4] ; « ce que les excès et sévices sont pour la sûreté et sécurité de l'époux innocent, les injures graves le sont pour son honneur »[5]. — Dans la proposition de la Chambre du projet qui deviendra la loi du 27 juillet 1884, l'article 231 contenait encore comme cause de divorce, en plus des excès, sévices et injures, certaines condamnations correctionnelles (dol, escroquerie, abus de confiance, etc..) ; mais cette dernière partie de l'art. 231 fut rejetée par le Sénat. Le rapporteur de la Chambre au retour du projet devant celle-ci, a dit à ce sujet qu'il est convaincu que « dans l'immense majorité des cas, les tribunaux considéreront l'infamie du fait de l'un des époux comme une injure grave envers l'autre et prononceront le divorce »[6]. Aussi l'article 231

1. *Ibid.*, p. 433.
2. *Ibid.*, p. 437, et elle ajoute : « Il y a sans doute dans ce fait perfidie et injure grave ».
3. *Ibid.*, p. 478, le rapporteur Treilhard. — Cf. ce que le législateur de 1941 a dit sur le même sujet. « Il faudra d'abord invoquer non plus des prétextes futiles, des défaillances passagères, mais des causes sérieuses, répétées, constantes » (Allocution du Garde des Sceaux, précitée).
4. *Ibid.*, p. 502, le rapporteur Savoie-Rollin.
5. *Ibid.*, p. 545 le rapporteur Gillet.
6. D. 1884.4.101, n. 2, col. III. — Voir aussi à cet endroit la remarque

du Code civil est-il resté le même que dans la rédaction du législateur de 1804.

En résumé, l'injure dans la conception de la loi désigne avant la réforme un fait, le plus souvent une parole, imputable à un époux et qui constitue une violation de la personnalité morale de l'autre.

La liste des faits englobés par l'injure n'avait certainement pas été épuisée par les différents cas mentionnés au cours des travaux préparatoires, mais elle était déjà bien variée et comprenait les faits qui vont de la diffamation publique [1] et des paroles outrageantes [2] au désaveu de l'enfant par le mari [3] et à certaines condamnations correctionnelles [4].

Cette liste sera complétée par la jurisprudence, ce qui est tout à fait naturel, vu qu'elle est par excellence l'organe qui décompte les faits que la réalité sociale soumet au critère légal.

Ainsi les paroles [5] et les écrits [6] échangés entre les époux, les écrits adressés à un tiers, sans être confidentiels [7], les paroles [8] et les écrits [9] proférés contre un descendant ou ascendant proche des époux ou inversement [10] ; chaque imputation non prouvée et même invo-

presque prophétique du député Eymard-Duverney : « Sévices injures graves sont bien élastiques ce sont des mots dont on peut faire tout ce qu'on veut, et, en réalité, nous n'aurons pas le divorce pour cause déterminée, mais le divorce pour cause indéterminée ». Etc...

1. FENET, *op. cit.*, t. IX, p. 288.
2. *Ibid.*, p. 478.
3. *Ibid.*, p. 437.
4. D. 1884, 4.101, n. 2, col. III.
5. Paris, 16 février 1872 (D. 1873.1.156) ; Montpellier, 5 février 1895 (D. 1896.2.101).
6. Req., 14 mai 1872 (D. 1873.1.17).
7. Req., 10 février 1902 (D. 1903.1.64).
8. Paris, 27 mars 1896 (D. 1896.2.222) ; Req., 10 février 1902 (précité) ; Chambéry, 25 janvier 1904 (D. 1907.5.49).
9. Paris, 23 juin 1909 (D. 1910.2.143).
10. Req., 22 janvier 1935 (*Gaz. Pal.*, 1935.1.433).

quée au cours d'un procès [1] — toute cette masse de faits entre dans la notion jurisprudentielle d'injure. Mais à côté de ces faits qui consistent en paroles, orales ou écrites, il y a encore tout un spectre d'actes qui y sont rangés : de l'abandon du domicile conjugal [2], de refus de consommation du mariage [3], jusqu'aux simples relations avec un tiers [4] et au mutisme prolongé [5] ; du refus d'assistance, de secours, de protection et d'obéissance [6] et des fautes dans les relations sexuelles [7], jusqu'à la maladie vénérienne communiquée [8], répugnance pour l'acte sexuel [9], brutalités exercées sur les enfants communs [10], dépense de la dot de la femme [11], refus de célébration religieuse du mariage [12], conduite infamante, ivresse chronique [13] et habitude de jeu [14], abus par le mari de son autorité [15], et même frigidité de la femme [16], jalou-

1. Chambéry, 25 janvier 1904 (précité) ; Req., 7 février 1939 (D.H. 1939, 211).
2. Req., 3 janvier 1893 (D. 1893.1.517) ; Chambéry, 25 janvier 1904 (D. 1907.5.49) ; Trib. civ. de Corbeil, 15 mai 1907 (D. 1909.2.359) ; Trib. civ. de Thonon, 5 décembre 1924 (D.H. 1925, 93) ; Caen, 7 octobre 1935 (S. 1937.2. 22) ; Lyon, 22 novembre 1933 (S. 1934.2.36).
3. Montpellier, 29 novembre 1897 (S. 1901.2.137) ; Req., 6 avril 1908 (S. 1908.1.344) ; Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21) ; Liège, 25 février 1938 (S. 1938.4.24) ; Montpellier, 2 mars 1938 (D.H. 1938, 312).
4. Req., 10 janvier 1911 (S. 1911.1.36) ; Req., 28 mars 1938 (S. 1938. 1.179) ; Req., 8 juin 1939 (D.H. 1939, 421).
5. Rennes, 6 avril 1933 (S. 1933.2.212).
6. Dijon, 30 juillet 1868 (D. 1868.2.247).
7. Nancy, 10 mars 1894 (S. 1894.2.112) ; Caen, 28 décembre 1899 (D. 1900.2.206).
8. Douai, 18 mars 1907 (D. 1907.2.294) ; Civ., 7 mai 1935 (S. 1935.1.220) Paris, 15 juillet 1932 (D.H. 1933, Somm., 18).
9. Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21).
10. Trib. civ. de Lyon, 16 janvier 1939 (D.H. 1939, 142).
11. Lyon, 2 janvier 1939 (S. 1939.2.119)
12. Rouen, 29 avril 1910 (S. 1911.2.37) ; Trib. civ. de la Seine, 3 mars 1933 (S. 1934.2.67).
13. Besançon, 18 décembre 1896 (D. 1898.2.4) ; Toulouse, 19 février 1898 (D. 1899.2.257) ; Agen, 30 janvier 1905 (S. 1905.2.63).
14. Req., 6 mai 1907 (S. 1907.1.280).
15. Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 529 et jurisprudence citée Req., 30 novembre 1898 (D. 1899.1.358).
16. Colmar, 24 juin 1928 (*Gaz. Pal.*, 1928.2.685).

sie[1], indiscrétion[2]; le fait d'organiser contre la femme une procédure frauduleuse de divorce par défaut[3], la publication par le mari dans un journal au cours du procès en divorce qu'il ne répond pas de dettes de sa femme, lorsque celle-ci ne se livre pas à des dépenses excessives[4].

A tous ces faits il faut ajouter ceux que nous avons mentionnés à propos des faits antérieurs au mariage[5] et aussi ceux qui se rapprochent de l'adultère[6] et de la condamnation à une peine afflictive et infamante[7]. On peut rapprocher de ce dernier groupe le cas où le mari est expulsé, cas qui a été retenu comme injure[8]. — Un arrêt de la Cour de Rennes du 6 janvier 1931[9] va jusqu'à dire que lorsque, de la comparution personnelle de deux époux, en instance de divorce, il résulte qu'ils sont aussi résolus l'un que l'autre à ne pas reprendre la vie commune, il convient d'examiner, sous le jour de cette déplorable situation, les injures proférées par l'un à l'encontre de l'autre et qui, si le désaccord entre eux était moins profond, pourraient paraître insuffisantes pour permettre de rompre le lien conjugal. Et en examinant ces injures, il relève les faits : une lettre où le mari exprime des doutes sur sa paternité, pour l'enfant né pendant le mariage ; une lettre de la femme et dans

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 55 et la jurisprudence citée ; Req., 27 juillet 1931 (D.H. 1931, 474).
2. Req., 9 février 1932 (D.H. 1932, 163).
3. Trib. civ. de Lille, 16 mars 1928, (*Gaz. Pal.*, 1928.2.207) ; Trib. civ., de Lyon, 25 mai 1926 (*Mon. jud. Lyon*, 10 juillet 1928).
4. Colmar, 26 juin 1928 (*Gaz. Pal.*, 1928.2.685) ; Paris, 23 février 1922, *Gaz. Pal.*, 1922.1.691).
5. Voir *supra*, p. 17 et suiv.
6. Voir *supra*, p. 34 et suiv.
7. Voir *supra*, p. 35 et suiv.
8. Colmar, 7 janvier 1938 (D.H. 1938, 218).
9. S. 1931.2.74 et note signée H.R.

laquelle elle refuse de suivre son mari à l'étranger où sa carrière l'appelle.

Faut-il encore ajouter que cette énumération n'est que très incomplète : elle n'embrasse absolument pas, tous les cas rapportés dans les différents recueils de jurisprudence. Et que trouverait-on parmi ceux qui n'ont jamais été imprimés nulle part ?

Finalement il est impossible de résumer les faits qui entrent dans la notion jurisprudentielle d'injure. C'est la doctrine qui s'est efforcée d'englober toutes ses variétés dans une formule. Nous indiquerons quelques-unes de ces formules qui montreront bien son attitude.

Ch. Beudant[1], disait déjà : « sont des injures tout ce qu'un avocat habile parvient à faire admettre comme tel ». Planiol, Ripert et Rouast[2] disent qu'il y a injure toutes les fois qu'un des époux « porte atteinte à la dignité de son conjoint »[3].

Pour De Page[4] l'injure grave groupe « toutes les atteintes, tous les manquements à la foi conjugale que la loi n'a pas expressément prévus ». — Après la réforme et à propos d'elle, André Breton[5] résume ainsi l'injure : « tout fait répréhensible, positif ou même négatif, imputable à l'un des conjoints et susceptible de nuire à l'autre d'une façon quelconque ».

L'injure « a dévoré tout » et est devenue de plus en plus variée, compréhensive, inattendue »[6].

1. *Cours de droit civil français*, 1897, t. II, n° 395.
2. *Op. cit*, t. II, n° 504.
3. Dans une thèse (PRIOU, *Le divorce et la séparation de corps en Allemagne*, Paris, 1923), nous trouvons cette définition d'injure dans le droit français : « toutes paroles, tous écrits ou gestes par lequel l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre » (p. 29).
4. *Op. cit.*, t. I, n° 863.
5. *Op. cit.*, dans *Sem. jurid.*, 1941, feuille jaune 205, n° 13.
6. R. Savatier, *op. cit.*, p. 14 et 15.

Ainsi, n'importe quel fait de la vie conjugale et même pré-conjugale avait la chance de devenir une injure. Il fallait y ajouter un seul trait caractéristique, celui d'être *répréhensible*. Ce trait ne se mesurait pas toujours, avec un critère objectif et en dehors de la portée de la volonté des parties, mais souvent par celle-ci.

Pour qu'un fait quelconque imputable à l'un des époux, devienne injure, il fallait que l'époux offensé le considérât comme répréhensible. Cela ne veut pas dire que le côté psychique de l'auteur du fait ne fût jamais pris en considération par la jurisprudence[1]. Mais pas toujours[2]. Ce qui était indispensable pour qu'un fait devienne injure, c'est que l'époux offensé le considère comme répréhensible. Mais il n'est pas nécessaire que cette interprétation ait lieu au moment où ce fait se passe ou au moment où il en a pris connaissance ; il suffit que ce caractère apparaisse devant le tribunal. Et lorsque les époux sont en instance de divorce, les hostilités sont, comme on le dit souvent, déjà déclanchées, le sort du mariage est décidé, les conséquences pécuniaires en cas de perte éventuelle du procès nettement entrevues et repoussées de force : il n'y a pas de recul possible ; les deux parties fouillent dans le passé, cherchent ou inventent des faits qu'ils peuvent à ce moment précis revivre et considérer comme répréhensibles. C'est cette *possibilité de résurrection* des faits

1. La mauvaise volonté est exigée : Req., 22 février 1937 (D.H. 1937, 185) ; Aix, 3 juin 1936 (D.H. 1936, 546) ; Civ., 2 mars 1926 (D.H. 1926, 282). — Volonté de nuire : Colmar, 24 avril 1936 (D.H. 1936, 291) ; — Trib. civ. de la Seine, 15 octobre 1920 (D. 1922.5.13) ; Rennes, 6 avril 1933 (D.H. 1933.406) ; — Conscience que son acte nuira au conjoint : Paris, 15 juillet 1932 (D.H. 1933, Somm. 18) ; Req. 25 janvier 1922 (D. 1924.1.7) — Manœuvres dolosives, Req., 16 février 1921 (D. 1921.1.79) ; Req., 4 mars 1914 (D. 1916.1.31).

2. Trib. civ. de la Seine, 2 mars 1898 (S. 1900.2.79).

répréhensibles au moment de l'enquête du procès en cours qui augmente considérablement la liste des faits matériels appelés injures. C'est elle qui porte toute la responsabilité du dynamisme du divorce. Grâce à elle, l'injure est devenue une cause de divorce indéterminée susceptible d'embrasser tout fait imaginable.

Cette possibilité de faire revivre les faits antérieurs au procès et de les considérer comme répréhensibles seulement au moment du procès, est offerte aux parties par les tribunaux et cours surtout par la Cour de Cassation. Au lieu de créer une notion déterminée et fixée dans le temps et dans l'espace — selon *la place occupée* par toutes choses nous concernant, nous autres mortels — la jursisprudence a accordé aux parties, c'est-à-dire aux avocats des parties, cette possibilité d'une notion purement subjective, partant si souvent imaginaire. Ce qu'il fallait prouver devant les juges ce n'était le plus souvent que le fait matériel et non le lien psychique qui existait entre lui, d'une part, et son auteur, d'autre part, ou entre lui et l'époux offensé au moment même où le fait s'est passé. Ainsi, par exemple, les faits qui marquent l'attachement et qui sont plutôt teints d'affection et de tendresse, peuvent devenir une injure, si l'autre conjoint les interprète comme tels[1]. Ce qui prouve qu'il n'y

1. Paris, 13 juillet 1898 (D. 1899.1.359) : « Considérant qu'il faut en dire autant de l'état d'isolement où de Guibert a laissé sa femme depuis leur mariage, défendant aux domestiques de ne laisser entrer personne sans ses instructions, ainsi que l'ont déclaré les témoins... ; qu'il n'a admis dans son intérieur aucune visite de ses camarades de l'armée, ni d'amis, ni de parents de l'un ou de l'autre sexe ; qu'il a privé sa femme des réceptions et des réunions mondaines auxquelles leur situation sociale et leur fortune leur permettait de prendre part, qu'il obligeait les domestiques à tenir les fenêtres et les persiennes constamment fermées, même pour les besoins du service journalier ; — Considérant que cette rigeur constitue un isolement forcé, offensant et blessant pour une femme dont la conduite est exempte de toute imputation ; qu'il résulte encore de la déposition du témoin R..., que le valet de chambre et la cuisinière étaient chargés par

avait pas de limites aux faits qui pouvaient devenir injure, partant cause de divorce.

En résumé, l'on peut dire qu'avant la réforme tout fait pouvait devenir injure à la seule condition que l'époux offensé le déclare répréhensible.

VI. — La loi du 2 avril 1941 a-t-elle apporté quelque changement à cet état de choses ? A-t-elle élargi ou rétréci le cercle des faits qui puissent entrer dans la notion d'injure ?

Le nouvel article 232 se base sur la notion jurisprudentielle d'injure, d'avant la réforme, mais il apporte une limitation à cette notion. Désormais de toutes les injures que les époux peuvent commettre, ne peuvent devenir causes de divorce que celles qui consistent en une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. On peut donc considérer que dans cette indétermination constituée par l'injure, la nouvelle loi a introduit un critère qui permet de définir l'injure. Elle n'est plus un fait quelconque dont le seul élément exigé serait son caractère répréhensible, mais seulement ceux des faits qui constituent une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. D'un point de vue formel, la limitation est considérable : pour savoir ce qui est désormais considéré comme injure aux yeux de la loi, il n'y a qu'à dresser la liste des devoirs et obligations dont la *violation constitue autant d'injures.*

Quelle est, tout d'abord, la différence entre les termes de *devoirs* et *d'obligations*. Le mot *obligation* évoque des rapports juridiques strictement délimités et cela, presque

de Guibert, de surveiller sa femme et de lui faire des rapports ; que les faits doivent être retenus comme prouvés avec le caractère injurieux et outrageant ».

toujours, par le contrat ou la loi. Le devoir évoque plutôt l'idée de rapports moraux, aux contours moins précis et surtout définis, non pas par la voie juridique, mais plutôt par la voie morale et conventionnelle. Dans ce sens il n'est pas difficile d'énumérer les obligations résultant du mariage. Il n'y a qu'à se référer au Code civil et aux autres lois qui réglementent ces obligations ainsi qu'au contrat de mariage. Les premières se trouvent dans les articles 203, 212, 213 et 214 du Code civil et imposent aux époux l'obligation de cohabitation, fidélité, secours, assistance, trait de vie convenable, éducation, surveillance et contact avec les enfants, libre exercice des actes juridiques autorisés par la loi.

En ce qui concerne les devoirs, il est plus difficile d'en dresser la liste. Ils sont déterminés par les règles de conduite sociale, autres que les règles juridiques, à savoir les règles morales, religieuses, de conventions etc. Parmi les plus importantes, on peut noter le respect réciproque de la dignité, santé, réputation, convictions religieuses ou idéologiques, liberté de mouvement et de correspondance (dans une certaine mesure)[1], etc...

Ces obligations et devoirs ont un caractère purement personnel, car ils touchent directement les époux, *en personne* ; ils se préoccupent de ce qui est en dehors de tout intérêt pécuniaire, en assurant l'essence même du mariage. Mais à côté d'eux le mariage crée une multitude de droits et obligations, de devoirs et charges qui ont des traits pécuniaires, matériels. Toute une partie du droit civil est consacrée à l'organisation juridique de ces obligations et devoirs d'ordre pécuniaire résultant du mariage.

1. Cf. Trib. civ. de Laval, 26 février 1941 (*Sem. jur.*, 1942, jurispr. 1788 et la note de M. H. Desbois).

Ayant ainsi sommairement déterminé les devoirs et obligations résultant du mariage, il s'agit maintenant de voir quels sont ceux d'entre eux qui peuvent entrer en considération dans notre matière. Il est hors de doute que les obligations et les devoirs dont la violation peut constituer une injure (et aussi un excès ou sévices) ne sont que ceux qui touchent les époux *en personne* et qui dérivent de l'essence même du mariage. Les autres trouvent leur sanction ailleurs et leur violation ne s'appelle pas injure.

Ces devoirs et obligations ainsi déterminés, il faut voir ce que signifie le terme *violation* pour avoir toutes les données dans la détermination des faits eux-mêmes qui, étant la violation d'un de ces devoirs et obligations, sont les injures c'est-à-dire ces faits matériels, positifs ou négatifs, susceptibles de devenir causes de divorce.

Ce terme de violation signifie un manquement à ce que l'on devrait faire ou ne pas faire. Il suppose que l'auteur de la violation a asssumé l'observation de certaines règles, l'accomplissement de certaines obligations ou devoirs, l'agissement dans un sens déterminé et pas dans un autre.

Les ayant assumés, il y manque et viole ainsi ses engagements et les règles sociales, juridiques ou morales, religieuses ou de convenances.

Dans notre cas, ces règles sociales sont juridiques et morales, les engagements sont les devoirs et obligations résultant du mariage et assumés au commencement même du mariage. Les actes, c'est-à-dire les faits qui constituent leur violation sont les injures.

Si l'on veut maintenant essayer de dresser la liste de ces faits, on atteindra l'ampleur de celle que la jurisprudence a dressée avant la réforme. Les devoirs et les

obligations ne sont pas d'abord bien déterminés et limités surtout en ce qui concerne les devoirs qui plongent dans la morale ; ensuite, même en tant qu'ils sont déterminés, ils se réalisent et se révèlent par des actes multiples constituant toute une gamme de manifestations d'importance inégale ; leur étendue dans le temps et dans l'espace est presque absolue ; ils pénètrent et s'immiscent dans toutes les activités des époux. Il est donc facile de comprendre que les faits qui en constituent la violation soient de même, multiples, variés, susceptibles d'intervenir à tout instant et au cours de toute activité. Et au lieu de procéder par une détermination positive de ces faits, il est beaucoup plus aisé de le faire d'une manière négative en se basant sur la liste des faits de la jurisprudence d'avant 1941.

Ceci fait, nous avouerons n'en avoir trouvé aucun qui puisse être exclu, même ceux que l'on appelle des condamnations correctionnelles (nous avons vu ce qu'ils signifient en réalité), ni le cas que nous avons noté à part et qui fait l'objet de l'arrêt de la Cour de Rennes du 6 janvier 1931 [1], ni celui qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1892 [2] et que la Chambre des Requêtes a approuvé [3]. Tout cas qui était admis avant la réforme peut être considéré comme une violation d'un des devoirs ou obligations résultant du mariage.

Le seul groupe que nous croyons pouvoir exclure de la liste d'avant la réforme c'est celui des faits antérieurs non pas à cause de l'impossibilité d'établir qu'ils consistent en une violation des devoirs, mais parce qu'ils ne remplissent pas la condition du mariage existant.

1. S. 1931.2.84 et note H.R. ; voir *supra*, p. 44.
2. D. 1899.1.359, voir *supra*, p. 47, note 1.
3. Req. 30 novembre 1898 (D. 1899.1.359).

Tout cela permet de conclure que l'innovation de la réforme qui consiste en une détermination positive d'injure (et d'excès et sévices) ne change en rien le nombre des faits qui peuvent la constituer. Et si toutes les autres conditions et éléments des causes du divorce étaient restés les mêmes, la base du divorce ne serait point changée. Le fait matériel d'injure auquel on a reproché la déformation de l'institution de divorce, n'a pas été du tout touché par la réforme de 1941. S'il n'y avait pas d'autres modifications et surtout si l'esprit de ceux qui auront à appliquer la loi du 2 avril 1941 reste le même, il n'y aurait rien de changé dans la base de l'institution.

D'ailleurs les tribunaux et les cours ont considéré chaque injure comme une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. Les jugements et les arrêts en parlent expressément [1] ou en tiennent compte [2]. — Les auteurs n'ont jamais jugé autrement [3].

Cependant la nouvelle formule n'est pas dénuée de tout intérêt. Les mots s'usent avec le temps [4]. On ne parlait plus avant la réforme que d'injure grave. Les mots *injure* et *grave* ont également perdu leur signification et ne constituait qu'une injure-grave-cause-de-divorce, c'est-à-dire quelque chose de spécial qui relevait du pouvoir absolu des juges du fond à qui la Chambre des

1. Trib. d'Empire, 9 mai 1884 (S., 1886.4.5) ; Dijon, 19 février 1890 (S. 1890.2.111) ; Bordeaux, 1er décembre 1913 (S. 1914.2.199) ; Req., 20 juin 1930 (*Gaz. Pal.*, 1930.2.273) ; Douai, 28 décembre 1932 (S. 1933.2. 108) ; Lyon, 22 novembre 1933 (S. 1934.2.36) etc... etc...

2. Voir par exemple : Rennes, 6 janvier 1931 (S., 1931.2.84 et note H.R.) qui est un cas extrême.

3. Voir parmi les auteurs modernes : PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 504 ; JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, n° 924 ; — DE PAGE, *op. cit.*, t. I, n° 853-1° — Voir cependant J. CARBONNIER, *Causes de divorce* dans *Rev. trim.*, 1937, p. 284 et suiv.

4. André BRETON, *La loi du 2 avril* 1941, dans *Sem. Jur.*, 1941, dissert. 205, n° 15.

Requêtes confiait le soin d'en concevoir et d'élaborer la notion, de la manière la plus variée et la moins uniformiste. En changeant la formule, la loi a rappelé qu'il s'agit au fond d'une injure et qu'elle existe donc par elle-même. Il s'agit donc, tout d'abord, de déterminer la notion et, dans la pratique, de l'appliquer aux faits, d'examiner ensuite si elle remplit les autres conditions légales, si elle réunit tous les éléments qualitatifs et quantitatifs nécessaires pour être érigés en cause de divorce. Par ce rappel, la loi facilite le contrôle de la Cour de Cassation si désirable et désiré en cette matière.

Sur un plan purement théorique, la nouvelle formule permet de construire une notion abstraite de divorce dont l'injure n'est qu'un élément à titre de fait matériel, ainsi que l'adultère, la condamnation ou l'excès-sévice.

Est-il regrettable que la loi n'ait pas restreint la notion d'injure et qu'elle l'ait laissée aussi large et indéterminée qu'avant la réforme ? Nous ne le croyons pas. En dehors des considérations de transition d'un régime juridique où le divorce est largement permis et pratiqué à un autre où le divorce, suivant l'opinion unanime doit être limité et contrôlé, autorisé seulement dans des cas exceptionnels, il y a des raisons plus générales et plus absolues qui ne le recommandent pas. Il ne faut pas abandonner le mariage exclusivement au gré de la fantaisie d'un des époux, c'est-à-dire des particuliers, mais il ne faut pas les ignorer absolument, non plus, dans le règlement de questions qui touchent à tout leur être. Il est incontestable que la société organisée peut influencer la morale et d'une façon générale agir sur chaque manifestation collective ou individuelle ; mais il est vrai asssi et peut-être plus encore que cette action a des limites qui ne sont pas très éloi-

gnées de l'état que la société organisée se propose de modifier. Et si ses forces sont considérables par rapport à celles qui auront à subir l'action ou s'opposeront à elle, il y a toujours une question de finalité et de résultat à obtenir qui se pose. Le mariage est une institution trop importante pour que des expériences puissent être essayées sur lui. La vie actuelle est si variée, le psychique des époux, si mouvementé, la morale ressemble encore toujours à celle d'avant la réforme : les faits les plus variés peuvent se produire au cours de la vie conjugale, faits dont le retentissement subjectif sur les époux peut être considérable et plein de conséquences néfastes pour la société. Il vaudrait mieux laisser aux époux, une possibilité de sortir du mariage dans n'importe quel cas suffisamment grave pour rendre impossible la vie commune. Et l'injure en tant que fait matériel indéterminé pourrait servir de soupape psychologique.

VII. — Il y a encore un fait bien précis qui peut en réunissant d'autres éléments, cause de divorce. C'est la possibilité de conversion de la séparation de corps. On comprend son importance réduite pour la question de détermination de la base du divorce.

Ce fait se décompose en éléments primitivement exigé comme cause de divorce, c'est-à-dire de séparation de corps. Mais à ces éléments viennent s'en ajouter d'autres prévus dans l'article 310 du Code civil.

§ 3. — Caractère personnel des faits matériels

Le troisième élément de notre définition initiale consistera en l'exigence de faits ayant trait à la personne même qui puissent constituer une cause de divorce

des époux : il faut qu'ils émanent de l'un et visent la personne de l'autre. Le mariage est une institution fondée sur l'union des deux êtres de sexe différent et dans laquelle leurs deux personnes sont engagées intégralement. C'est l'essence et le fond même de l'institution, auxquels viennent s'ajouter d'autres éléments parmi lesquels surtout celui de patrimoine. Mais ni celui-ci, ni aucun autre, tout en ayant leur organisation juridique et leur point de départ dans le cadre du mariage ne peut être sanctionné par le divorce. Leur importance n'étant que secondaire, ils ne peuvent empiéter sur la base même de l'institution à savoir le lien entre les personnes des époux.

I. — Sur ce point le Code civil est presque formel. En ce qui concerne l'adultère, c'est sa définition même qui l'implique et la formule légale des articles 229 et 230 le reproduit. Pour la condamnation criminelle le Code emploie la même formule « la condamnation de *l'un des époux*... sera pour *l'autre époux* ». — En ce qui concerne les excès sévices et injures, le Code civil n'était pas moins formel : « les époux pourront *réciproquement* demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, *de l'un d'eux envers l'autre* » (ancien art. 231). — Nulle part dans les travaux préparatoires on ne trouve la moindre allusion à ce que les faits pouvant constituer une cause de divorce pourraient ne pas être personnels.

Pourtant la jurisprudence était arrivée à admettre plusieurs séries de cas, dans lesquels les faits injurieux et même les excès-sévices n'avaient pas de caractère personnel.

Dans un premier groupe, les faits invoqués n'émanent pas de l'époux, mais de tiers, le plus souvent de ses

parents[1] ; pour la jurisprudence, ce ne sont pas ces faits mêmes qui sont retenus comme causes de divorce, mais une de leurs conséquences, celle-ci imputable à l'époux lui-même, à savoir le fait d'avoir toléré un pareil procédé envers son conjoint et de ne pas l'avoir pris sous sa protection.

Les cas qui font partie de ce groupe ne sont qu'un stade d'une évolution plus poussée. On trouve en effet, un autre groupe, où les faits injurieux de l'un des époux adressés aux proches parents ascendants de l'autre, sont pris comme cause de divorce[2]. — Dans le même ordre d'idées, viennent se ranger les cas où les faits invoqués visent les enfants de l'autre époux d'un mariage précédent et même les enfants communs[3] — Mais ce qui est encore plus étonnant, c'est que l'on trouve des espèces où les faits invoqués s'exercent sur les biens appartenant à l'autre conjoint. Ainsi, un arrêt de la Cour de Lyon[4], décide que le fait de la part du mari d'avoir dissipé la dot de la femme pour ses propres besoins et ceux de sa famille et d'avoir ensuite soutenu que ces fonds lui avaient été donnés en cadeau, constitue une cause de divorce[5]. O peut citer un seul cas, où la condamnation infamante, antérieure au mariage et subie par un membre

1. Req., 23 décembre 1895 (D. 1896.1.95) ; Req., 17 mars 1926 (*Gaz. Pal.*, 1926.1.215) ; Req., 20 juin 1930 (*Gaz. Pal.*, 1930.2.273) ; Req., 22 janvier 1935 (*Gaz. Pal.*, 1935.1.433).

2. Paris, 27 mars 1896 (D. 1896.2.222) ; Req., 30 novembre 1898 (D. 1899.1.358) ; Req., 10 février 1902 (D. 1903.1.64) ; Chambéry, 25 juin 1904 (D. 1907.5.49) ; Req., 9 février 1925 (S. 1926.1.102).

3. Trib. civ., de Lyon, 16 janvier 1939 (D.H. 1939, 142).

4. Lyon, 2 janvier 1939 (S. 1939.2.119) ; voir en sens contraire, Colmar, 21 janvier 1936 (*Gaz. Pal.*, 1936.1.657).

5. L'apposition des scellés au domicile de son conjoint et l'emploi de gardiens de nuit et de jour : Req., 23 décembre 1895 (D. 1896.1.95) ; provocation de la saisie et vente du mobilier de son conjoint : Rouen, 30 décembre 1840 (*Dalloz. Rép. alph.*, V° *Sépar. de corps*, n° 56) — reconnus comme causes de divorce (ou séparation de corps) rentrent également dans cette catégorie.

de la famille du mari est dissimulée par celui-ci à sa femme au moment du mariage, soit retenue comme cause de divorce [1].

A côté de cette évolution radicale, la doctrine avait au cours du XIX^e^ siècle, une attitude qui lui était propre. Les commentateurs, les auteurs de l'école d'exégèse, n'ont pas envisagé ces cas. Ils se sont bornés à commenter le texte légal et à en tirer les conséquences logiques immédiates. Ainsi, on ne trouve chez eux la solution de ces cas, qu'en poussant le raisonnement plus loin, c'est-à-dire en tirant des conséquences plus lointaines. Ces conséquences sont, comme on peut le deviner, tout à fait dans l'esprit du Code civil [2]. — Mais déjà au commencement du XX^e^ siècle, les auteurs ne font que suivre le courant jurisprudentiel [3]. Rares sont les auteurs qui émettent une opinion particulière et différente de l'attitude jurisprudentielle [4] ; ils recommandent aux juges de tenir compte des circonstances et de procéder à une appréciation prudente. Somme toute la doctrine à manqué à déployer ses efforts en vue de modérer l'évolution jurisprudentielle. Ses analyses ailleurs souvent très subtiles et ingénieuses, manquent totalement ici. Et la jurisprudence s'est laissé entraîner par l'opinion publique, par la mode, par les considérations politiques. La technique juridique a manqué son but, sous le sceau de la triple responsabilité de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine.

1. Req., 26 juillet 1893 (D. 1894.1.260).

2. Cf. DURANTON, *op. cit.*, t. II, p. 498 et suiv. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. IV, p. 454 et suiv. ; — LAURENT, *op. cit.*, t. III, p. 225 et suiv. ; — HUC, *op. cit.*, t. II, p. 308 et suiv.

3. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, t. IV, p. 26 et suiv. ; — PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, t. II par ROUAST, n° 516.

4. LE SENNE, *Traité de la séparation de corps*, 1878, n° 64 ; — CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, 1894, t. I, n° 48 ; — et plus récemment, DE PAGE, *op. cit.*, t. I, n° 867.

II. — La nouvelle loi a-t-elle apporté quelque changement au caractère personnel des faits qui peuvent devenir cause de divorce ?

L'article 232 reproduit la formule de l'ancien article 231 à savoir que le divorce ne peut être prononcé à la demande de l'un des époux que pour excès, sévices ou injures « de l'un envers l'autre ». Mais cette formule s'est usée pendant près d'un siècle et demi et paraît ne rien signifier aujourd'hui, pas plus qu'avant la réforme. Peut-on espérer qu'un changement survienne ? De toute façon, il faut l'attendre des innovations apportées à l'article 232 du Code civil.

La première de ces innovations dit que les excès, sévices et injures de l'un des époux envers l'autre doivent constituer « une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage ». Ces devoirs et obligations sont très nombreux.

Ce sont surtout les devoirs qui s'étalent en une gamme presqu'indéfinie et qui se perd dans les règles de convenance du milieu, tandis que les obligations, surtout pécuniaires se branchent sur une autre multitude sans cesse renouvelée et croissante.

Les devoirs qui résultent du mariage ne sont pas seulement nombreux si l'on se place au point de vue d'un époux envers l'autre, mais ils existent et sont nombreux aussi venant de l'un des époux envers les parents de l'autre et inversement. C'est vrai surtout, si l'on considère les devoirs qui se rapprochent des règles de convenance et de politesse. Va-t-on maintenant sanctionner l'infraction à tous ces devoirs, tous nés du mariage, dès que l'une de ces personnes y manque envers une du camp opposé ? Va-t-on pouvoir demander et prononcer le

divorce pour une dispute, par exemple, entre la mère et la belle-mère de l'un des époux ? Ce serait absurde. D'abord les personnes en question sont loin d'être dans un rapport juridique et surtout dans le rapport qui s'appelle le mariage. Ensuite, l'infraction aux règles morales ou de convenance ne peut et ne doit pas comporter de sanction juridique aussi grave que le divorce. Il est vrai que personne n'a songé à de telles conséquences. Et pourtant, elles sont tout à fait logiques si l'on fait abstraction de l'expression légale : de l'un envers l'autre, comme on l'a fait avant la réforme. Elles sont non seulement logiques, mais elles étaient dans une certaine mesure, la réalité juridique, car la jurisprudence a prononcé la dissolution du mariage, à cause des faits injurieux de l'un des époux envers les parents de l'autre [1]. Il est évident que de tels faits touchent dans une certaine mesure, cet autre époux, mais y a-t-il quoi que ce soit dans la vie conjugale qui n'est de contact ou qui ne touche les deux époux ?

Une limitation s'impose. Nous avons approuvé le maintien de la notion d'injure en tant que fait indéterminé. Mais l'indétermination doit avoir ses termes dans le temps et dans l'espace. Les petits devoirs nés du mariage et ne touchant pas directement la personne même des époux, partant l'essence même du mariage, ne peuvent être sanctionnés par le divorce. L'union de deux êtres par le mariage crée plusieurs cercles de rapports d'importance inégale. Tous ces rapports ne peuvent pas à tout instant, menacer l'existence de l'union. Il y a un cadre personnel de toute importance pour les époux, pour leurs proches parents ainsi que pour la société. Ce ne

1. Voir *supra*, p. 56, n. 2.

sont que les rapports de ce cercle personnel qui doivent mettre en question de l'existence du mariage.

Si l'on examine maintenant les obligations d'ordre matériel, qui résultent du mariage, on en trouvera tout un spectre. La jurisprudence a déjà sanctionné par le divorce le fait qu'un mari ait dépensé la dot de sa femme en prétendant que ces fonds lui ont été donnés en cadeau [1]. N'est-ce pas un exemple nettement en dehors de ce cercle, que celui dont nous venons de parler. Il est évident, encore une fois, que chaque fait émanant de l'un des époux touche l'autre et que celui-ci a toujours la liberté de choisir n'importe lequel et de se déclarer offensé. Mais n'est-ce pas justement la tâche du droit, par conséquent des juristes, de fixer les limites de ces possibilités ? La loi l'a fait, mais la jurisprudence sous l'impulsion de la vie a cédé, la doctrine s'est inclinée. La loi insiste maintenant de nouveau et elle le répète : les faits *d'un époux envers l'autre*, les devoirs et les obligations *nés du mariage* et n'ayant trait, certainement *qu'aux personnes des époux*, les devoirs et les obligations qui *n'ont pas d'autre sanction* juridique que le divorce ou la séparation de corps. Le divorce serait absurde s'il devenait la sanction juridique de n'importe quel devoir ou obligation résultant du mariage.

La deuxième innovation de l'article 232 du Code civil, dit que les excès, sévices ou injures de l'un des époux envers l'autre doivent rendre « intolérable le maintien de la vie conjugale », c'est-à-dire de la vie commune.

La loi parle de la vie conjugale, c'est-à-dire de ce cercle dont nous parlions tout à l'heure. C'est ce cercle qui est l'essence même du mariage et le centre des préoccupations de la loi.

1. Voir *supra*, p. 56 et n. 4.

Or cette essence peut être, semble-t-il, minée par d'autres faits que ceux qui proviennent de l'intérieur, comme par exemple, des parents de l'un des époux. Mais ce n'est qu'une illusion. Ce qui devient impossible, c'est la vie commune dans les conditions données, conditions parmi lesquelles s'en trouve aussi une qui est étrangère à ce cercle, à savoir les parents ou les beaux-parents. Il s'ensuit que la vie commune est possible. Elle devient vraiment impossible, si le facteur qui l'ébranle provient de l'un des époux, c'est-à-dire rend le maintien de l'essence même du mariage impossible. La conclusion qui s'impose c'est que la vie commune ne devient intolérable que si les faits qui l'ébranlent proviennent de la personne même de l'un des époux, ce qui revient à dire que seuls ces faits doivent être retenus comme susceptibles de devenir une cause de dissolution du mariage.

En conclusion : le troisième élément de notre définition initiale à savoir que les faits qui peuvent devenir cause de divorce doivent émaner d'un époux et fixer l'autre, n'était pas toujours respecté par la jurisprudence avant la réforme mais il peut l'être dans le droit positif actuel. En effet les textes légaux apportent trois arguments qui sont les suivants :

1° ils disent expressément qu'il ne s'agit que des faits émanant de l'un des époux et dirigés envers l'autre ;

2° l'article 232 parle de la violation des devoirs et obligations résultant du mariage, ce qui ne peut être compris que dans le sens de devoirs et obligations non seulement *purement personnels* mais aussi *essentiels* et qui *ne trouve pas ailleurs de sanctions juridiques* ;

3° le même article exige que les faits qui peuvent être retenus comme cause de divorce rendent la vie commune

impossible, ce qui n'est le cas *que des faits purement personnels.*

§ 4. — Elément psychologique

Le quatrième élément de notre définition initiale est l'élément psychologique. Il existe chez les deux époux.

L'époux auteur du fait, commet un acte qui n'est, la plupart du temps, pas sans un contenu psychique : avant de prendre ses contours concrets et de se fixer dans un des faits matériels rentrant dans une des catégories admises par la loi (adultère, condamnation, excès, sévices, injure), il dessine une évolution psychique dans le for intérieur de son auteur. C'est un aspect de l'élément psychologique de la notion abstraite de cause de divorce.

Mais ce fait ainsi lancé dans le monde extérieur et qui ne doit pas sortir du premier cercle, dit personnel de la vie conjugale, touche l'autre époux et retentit dans son for intérieur. C'est le deuxième aspect de cet élément psychologique exigé pour chaque cause de divorce.

Si le premier peut être appelé *faute*, comme on en a l'habitude, le deuxième correspondrait au *préjudice* éminemment *moral*, parce que sur un terrain moral par excellence. On parlait souvent, surtout au XIX^e^ siècle, du premier aspect de l'élément psychologique, c'est-à-dire de la faute ; on ne parlait jamais du deuxième. Celui-là pâlissait et s'estompait lentement mais sûrement au cours du temps et s'était effacé des discussions juridiques, doctrinales ou judiciaires, à la veille de la réforme [1] ; celui-ci n'a jamais été abordé ni dans la doc-

1. Comparez par exemple, pour la doctrine : DEMANTE et COLMET de SANTERRE, *op. cit.*, t. I, n° 324 *bis* II et J. CARBONNIER, *op. cit.*, dans *Revue trim.*, 1937, p. 281 et suiv.

trine, ni dans la jurisprudence, la loi du 2 avril 1941 semble ne pas les avoir complètement perdu de vue. Elle a édicté des mesures qui peuvent leur donner un développement désirable après celui qu'ils avaient avant la réforme de 1941 et qui est en grande partie, responsable du développement excessif du divorce.

A. — *La faute*

L'élément psychologique chez l'époux auteur du fait se décompose en imputabilité, c'est-à-dire la possibilité d'attribuer le fait à une personne saine d'esprit, et en faute proprement dite ou l'intention de nuire.

I. — Le Code civil ne parle pas d'imputabilité. Mais il ressort de ses principes fondamentaux et de la logique formelle que pour pouvoir apprécier subjectivement les actes d'une personnes[1], il faut que cette personne ait d'abord la volonté libre, nécessaire de se mouvoir dans l'espace circonscrit par le déterminisme naturel et social. Si un fait la lui enlève, qu'il s'agisse d'une contrainte émanant d'autrui, ou d'une maladie mentale dont il est atteint, cette appréciation subjective de ses actes n'est plus possible, les faits dont il est l'auteur sont dénués de cet élément psychique normal qui les accompagne nécessairement et qui fait partie de leur qualité de cause de dissolution du mariage. Le même principe s'applique en droit français ailleurs et surtout dans la responsabilité civile[2]. Le fait que l'aliénation mentale, tout en existant comme cause de divorce dans la loi de 1792, ne figure pas dans le Code civil ne prouve pas que les faits émanant d'une personne mentalement malade ne

1. C'est le système adopté par le droit français en matière de divorce : V. *supra*, pp. 54 et suiv.
2. Voir H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 455.

doivent pas devenir causes de divorce. Mais il est clair qu'une fois parvenu à l'appréciation du côté psychique on est obligé de les exclure des causes de divorce.

La jurisprudence sur ce point était ferme avant la réforme. Un viol enlève à l'adultère la possibilité de devenir cause de divorce [1]. Les faits émanant d'une personne malade mentalement et rentrant dans une des catégories qui peuvent constituer la cause de divorce, n'étaient jamais susceptibles de le devenir. La pleine conscience est exigée. Si elle n'existe pas par suite d'aliénation [2], de neurasthénie [3], ou d'impulsion morbide [4], les faits ne peuvent pas devenir causes de divorce. Il faut que l'auteur soit pleinement conscient pour que ses actes puissent lui être imputés, c'est-à-dire pour qu'il puisse être déclaré coupable [5].

En ce qui concerne l'absence accidentelle de conscience dûe à un état d'ivresse provoquée par l'alcool ou par tout autre toxique, la jurisprudence n'est pas très fixée. « Attendu que des injures proférées pendant un état d'ivresse accidentelle ne sont pas toujours volontaires mais qu'elles doivent être considérées comme émanant du libre arbitre de leur auteur, lorsque l'ivresse est chez lui habituelle ; qu'il se met volontairement aussi dans un état dont il connaît les conséquences et qu'il en assume, par suite, l'entière responsabilité » [6]. Cette

1. Caen, 31 déc. 1889 (D. 1891.2.280) solution implicite.
2. Req., 5 août 1890 (D. 1891.1.356) ; Req., 15 mai 1912 (D. 1912.1.303) ; Dijon, 29 novembre 1924 (D., 1924.2.46).
3. Req., 4 mars 1902 (S. 1902.1.388) ; Civ., 7 mars 1923 (*Gaz. Pal.*, 1923.2.18).
4. Bordeaux, 27 janvier 1897 (D. 1898.2.199).
5. Dijon, 29 novembre 1923 (précité) ; Rennes, 13 novembre 1923 (D.H. 1923, 18) ; Req., 4 juin 1924 (D. 1924.1.224).
6. Orléans, 21 octobre 1897 (S. 1898.2.39) ; Besançon, 18 décembre 1896 (D. 1898.2.4) ; — D'ailleurs, l'ivrognerie habituelle constitue une injure en elle-même : Poitiers, 18 juin 1894 (S. 1894.2.235).

attitude de la jurisprudence n'était pas très puriste, quoique défendable. D'ailleurs les juges ont émis ces décisions, non pas en se fondant sur le principe d'imputabilité mais plutôt en appréciant librement la gravité des faits invoqués. On peut dire que dans l'ivresse chronique l'individu n'est pas *libre* de ne pas prendre le toxique quoique, grâce à une décision bien arrêtée, et à la longue, il lui soit possible de sortir de cet état.

II. — L'imputabilité est la possibilité de rattacher un fait au psychique de son auteur et de le lui attribuer. Mais son psychique n'est pas du tout révélé, une fois l'imputabilité positivement résolue. Ce qui reste à faire c'est de pénétrer dans la conscience de l'auteur du fait et de l'examiner.

Mais il faut d'abord voir quel était le fondement d'un tel procédé dans le droit positif avant la réforme.

Le Code civil ne parlait pas de *faute* ni de quoi que ce soit de semblable avant la réforme dans les articles 229-232 consacrés aux causes de divorce. Ce n'est que dans les articles 299-302 qui font partie du chapitre sur les effets du divorce qu'il y est fait allusion (« l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé » et « l'époux qui aura obtenu le divorce... »). Mais le fait même que le Code exclut des causes de divorce certains faits qui figuraient dans la loi de 1792, tels que l'aliénation mentale, la maladie grave et incurable, l'abandon, l'absence prolongée, l'impuissance ou la stérilité et l'incompatibilité d'humeur prouve que le législateur avait toujours la faute devant les yeux.

Mais on peut déduire l'idée de faute des faits matériels admis à devenir causes de divorce. — L'adultère, partout où existe l'imputabilité ne peut se représenter

sans cette intention de nuire à l'autre conjoint. La faute, cette intention malfaisante, cette « malignité »[1], cette résolution de nuire ne peut pas ne pas être présente à l'esprit de l'époux adultère, car il ne peut ignorer qu'il doit être fidèle à son conjoint d'après la règle juridique, morale, solennellement rappelée à lui, au moment de la célébration du mariage. — Le même élément ressort des excès-sévices. Les mauvais traitements matériels impliquent une concience lucide et l'intention arrêtée de faire du mal. — En ce qui concerne l'injure, il est plus difficile de la faire ressortir, parce que sa notion, comme nous l'avons dit[2], s'est trouvée déformée par la jurisprudence, celle-ci, n'étant limitée dans son élaboration de l'injure que par l'élément psychologique de l'époux offensé. Mais, à notre avis, le législateur a toujours employé ce terme, en lui attachant peut-être comme seul trait caractéristique déterminé, cette volonté de nuire, par une parole ou par un fait réel, à l'autre conjoint : c'est d'ailleurs tout ce qui subsiste de la longue existence de l'injure depuis le droit romain[3]. — La seule condamnation une peine afflictive et infamante ne comporte pas cet élément psychique. Mais il peut être facilement remplacé par le résultat de ce fait qu'est l'isolement forcé du condamné par la société, avec toutes les conséquences morales, qui, étant donné leur intensité, et leur gravité rejaillissent, comme on dit, sur son conjoint : celui-ci s'il veut être épargné par toutes ces conséquences doit s'écarter du condamné et de tout ce qui l'unit à lui. Les conséquences du fait sont, par leur gravité, suffisantes, pour que l'on soit aurorisé de présumer la faute.

1. POTHIER, *Obligations*, n° 116.
2. Voir *supra*, p. 46 et suiv.
3. GÉNY, *Science et technique*, t. III, n° 259, p. 479.

Cette condition de l'intention de nuire était assez strictement appliquée par la jurisprudence, On peut dire qu'elle lui est restée fidèle tout au long de sa longue et riche évolution, souvent si variée de forme, quoiqu'il faille remarquer tout de suite, que l'on rencontre des catégories de faits dans lesquels l'intention de nuire n'existe pas du tout. Mais même ici la jurisprudence s'est efforcée de la trouver et de la faire ressortir. Quoi qu'il en soit, ce n'est que juste à la veille de la réforme que certains arrêts ont osé attaquer de front cette tradition bien fondée. Il faut encore remarquer que le degré et l'intensité de cet élément n'étaient pas toujours les mêmes, et toujours à cause de la variété des cas que la jurisprudence avait à passer en revue.

Mais comme il n'y avait pas eu d'action unificatrice et régulatrice de la Cour de Cassation [1], la formule directrice manquait complètement à la jurisprudence. La volonté de nuire ressortait des décisions des tribunaux et des cours d'appel, mêlée le plus souvent à d'autres éléments, englobés dans leur appréciation souveraine des faits. C'est pour cette raison qu'il est très difficile de la faire ressortir et ensuite d'en donner la systématisation.

On peut néanmoins dresser un tableau qui commence par la volonté de nuire, expressément exigée dans les jugements et arrêts et qui finit par son absence complète et même par l'affirmation qu'elle n'est pas nécessaire et qu'elle est inopérante du point de vue civil.

a) Tout d'abord, les faits qui constituent une violation des obligations légales résultant du mariage et sanctionnées par le divorce, impliquent par définition, la volonté de nuire. Au lieu d'appliquer sa volonté à l'accomplisse-

1. La Chambre des Requêtes a constamment refusé de contrôler les décisions des tribunaux et cours d'appel. Voir *infra*, p. 136 et suiv.

ment de ses obligations, l'époux réfractaire y manque, ce qui prouve qu'il *veut* nuire à son conjoint. Aussi la jurisprudence considère-t-elle les manquements à ces obligations comme constituant une cause de divorce [1], si les circonstances ne viennent pas leur enlever ce caractère [2].

b) En dehors de ces cas, la volonté expresse est exigée dans toute une série d'actes entre les époux et qui ne constituent pas un manquement aux obligations légales du mariage, mais plutôt aux devoirs de respecter la personnalité, la dignité, la santé, etc... du conjoint. Mais cette volonté peut s'exprimer expressément [3], se révéler par des manœuvres dolosives [4], par la mauvaise foi [5], par le fait que l'auteur a eu conscience du mal qu'il provoquera [6] mais non pas par la négligence [7]. — Tous ces faits sont répartis en une série de cas, tels qu'injures verbales ou écrites [8], faits injurieux [9], excès-sévices [10], etc.

1. Trib. civil de la Seine, 11 mars 1886 (*Gaz. Pal.*, 1886.1.510) ; Paris, 8 juillet 1886 (S. 1886.2.164) ; Amiens, 30 novembre 1887 (S. 1888.2.87) ; Req., 3 avril 1922 (D. 1922.5.10) ; Trib. civ. de Thonon, 5 décembre 1924 (D.H. 1925, 93).

2. Trib. civ., Seine, 7 décembre 1891 (*Le Droit*, 13 janvier 1892).

3. Colmar, 24 avril 1936 (D.H. 1936, 291) ; Rennes, 6 avril 1933 (D.H. 1933, 406) ; Paris, 23 février 1922 (D. 1922.2.47) ; Req., 13 novembre 1923 (D.H. 1923, 18) ; Req., 4 juin 1924 (D., 1924.1.224).

4. Req., 16 février 1921 (D. 1921.1.79) ; Req., 4 mars 1914 (D. 1916.1.31).

5. Req., 22 février 1937 (D.H. 1937, 185) ; Aix, 3 juin 1936 (D.H. 1936, 546) ; Civ., 2 mars 1926 (D.H. 1926, 282).

6. Req., 25 janvier 1922 (D. 1924.1.7) ; Paris, 15 juillet 1932 (D.H. 1933, Somm. 18).

7. Lyon, 2 janvier 1939 (S. 1939.2.119).

8. Req., 4 mars 1914 (S. 1914.1.451) ; Paris, 18 décembre 1908 (*Gaz. Pal.*, 1909.1.131) ; Poitiers, 4 juillet 1923 (*Gaz. Pal.*, 1923.2.478) ; Req., 27 avril 1933 (*Gaz. Pal.*, 1933.2.190) ; Req., 9 février 1925 (S. 1925.1.102) ; Req., 7 février 1939 (D.H. 1939.211).

9. Tels que la communication consciente d'une maladie vénérienne : Riom, 3 juillet 1934 (*Gaz. Pal.*, 1934.2.578) ; Req., 30 novembre 1925 (*Gaz. Trib.*, 1926.1.209) ; Civ., 7 mai 1935 (S. 1935.1.220) ; — Refus de célébration du mariage religieux : Trib. civ., de la Seine, 3 mars 1933 (S. 1934.2.67 ; *Gaz. Pal.*, 1933.1.757) ; — Nudisme : Trib. civ. de la Seine, 23 juin 1932 (S. 1932.2.192) ; — Mutisme : Rennes, 6 avril 1933 (S. 1933. 2.212) ; — Introduction d'une demande en interdiction : Rennes, 23 avril 1923 (*Gaz. Pal.*, 1923.2.478), etc...

10. Montpellier, 5 février 1895 (D. 1896.2.101) ; Alger, 11 juin 1892, (D. 1893.2.20).

c) Mais le groupe le plus intéressant de décisions jurisprudentielles sur ce point est certainement le groupe où cette volonté fait défaut. Ces décisions prononcent le divorce dès que l'époux visé par le fait se sent lésé. Il s'agit le plus souvent de condamnations correctionnelles ou des faits qui s'en rapprochent.

La jurisprudence a constamment prononcé le divorce dans le cas des condamnations correctionnelles, sans avoir pris en considération l'intention de nuire de l'époux condamné, et en se contentant de dommage causé, dommage le plus souvent de caractère moral, rarement matériel. Peu importe si la cause de divorce consiste en la condamnation elle-même [1], ou en un fait pour lequel elle est intervenue [2]. Ce qui importe c'est que l'élément intentionnel de l'époux condamné, la volonté de nuire à son conjoint, fait complètement défaut [3].

On peut même dire dans certains cas, que, non seulement l'auteur du fait n'a pas eu l'intention de nuire à son conjoint, mais même au contraire, qu'il avait l'intention d'augmenter son bien-être matériel [4]. On peut rapprocher des condamnations criminelles quelques cas semblables tels que la désertion en temps de guerre [5] ou l'expulsion d'un étranger [6].

Voilà comment la Cour de Colmar [7] justifie sa décision : « Attendu que le mariage entraînant une solidarité de

1. Toulouse, 7 juillet 1886 (D. 1888.2.52) ; Toulouse, 31 décembre 1888 (D. 1890.2.104).
2. Trib. Boulogne-sur-Mer, 31 juillet 1919 (D. 1920.2.134) ; Colmar, 29 juillet 1924 (D. 1925.2.16).
3. Voir, à côté des décisions citées dans les deux notes précédentes : Angers, 13 avril 1896 (D. 1896.2.439) ; Req., 27 juillet 1931 (D.H. 1931, 474).
4. Colmar, 29 juillet 1924 (D., 1935.2.16) ; Trib. civ. de la Seine, 2 mars 1898 (S. 1900.2.79).
5. Trib. Boulogne-sur-Mer, 31 juillet 1919 (D. 1920.2.134).
6. Colmar, 7 janvier 1938 (D.H., 1938.238).
7. Colmar, 29 juillet 1924 (précité).

devoirs et d'honneur, la flétrissure qui s'attache à un acte contraire à la probité commis par un époux... s'étend à l'autre époux, dont la considération se trouve amoindrie ». Le raisonnement que nous avons fait dans le cas de condamnations à une peine afflictive et infamante, c'est-à-dire l'intention est remplacé par le résultat du fait.

d) On peut rapprocher de cette catégorie les cas où le divorce est prononcé pour les faits antérieurs au mariage. Comment peut-on trouver la volonté de nuire dirigé contre le futur conjoint, quand celui-ci est complètement inconnu [1].

Il en est de même dans les cas où cette volonté se concrétise sur la personne du futur époux, dans les deux hypothèses de dissimulation et des conséquences prolongées d'un fait du passé [2], mais où l'intention de l'*époux auteur* du fait est neutralisée par le mariage. Supposer le contraire c'est aller contre le bon sens [3].

e) Le dernier groupe comprend les cas où le divorce est prononcé dès que le fait invoqué est qualifié de cause de divorce et matériellement établi sans aucune recherche de la volonté de nuire, voire même avec l'affirmation expresse de son inopérance.

Il a été jugé récemment par la Chambre civile [4], à propos de l'adultère que le défaut d'intention coupable est « sans influence au point de vue de la loi civile, sur les conséquences de l'acte illégal commis » par l'époux dé-

1. Riom, 24 mai 1934 (D.H., 1934, 455).
2. Bordeaux, 1er décembre 1913 (S. 1914.2.199) ; Trib. Gannat, 3 avril 1933 (S. 1933.2.164) ; Trib. d'Ajaccio, 27 octobre 1933 (S. 1934.2. 22).
3. Voir : Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce*, dans « *Annales de l'Université de Grenoble* », 1894 et 1895.
4. Civ., 29 janvier 1936 (D. 1937.1.15).

faillant. Cet arrêt a alarmé les juristes [1], car il pose une formule de portée générale dépassant l'adultère et mettant en doute la conception traditionnelle de divorce-sanction solidement assise en droit français positif. — A vrai dire, cet arrêt n'est pas si révolutionnaire qu'on l'a prétendu : tout d'abord l'adultère et la condamnation à une peine afflitive et infamante étant considérés comme causes péremptoires de divorce [2], les juges se sont abstenus d'y chercher l'élément intentionnel [3], (quoique pas d'une manière absolue) ; ensuite toute une série de faits rentrant dans la notion d'injure ont été admis, ainsi que nous l'avons vu [4], comme cause de divorce sans que la volonté de nuire ait été établie ni exigée.

Si l'on appliquait la formule générale de l'arrêt du 29 janvier 1936 de la Chambre civile à tous les faits qui peuvent être présentés par les parties comme fondement de la dissolution du mariage, on obtiendrait comme effet pratique un élargissement sans limites, des causes de divorce. En effet, avant la réforme de 1941 il n'y avait pas, exception faite de la volonté de nuire, de limitations que les juges pussent imposer aux faits invoqués par les époux. Sur ce point, la même Chambre de la Cour de Cassation s'est prononcée avant la réforme à propos de l'adultère. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers [5] a refusé

1. Voir : Note anonyme (D. 1937.1.15) ; — R. Rodière, *La notion de la cause péremptoire en matière de divorce* (*Sem. Jur.*, 1937, Doctr. 12) ; — G. Lagarde, dans *Rev. trim.*, 1936, p. 453.

2. Sur ce point, voir *infra* p. 126 dans *Rev. trim.*, 1936, p. 453 et suiv. Cf. Carbonnier, *La notion de cause de divorce*, dans *Rev. trim.*, 1937, p. 281 et suiv. surtout n° 6.

3. En ce qui concerne l'adultère, Req., 13 novembre 1889 (S. 1890.1. 388 ; D. 1890.1.36) ; Req., 5 août 1901 (S. 1901.1.400 ; D. 1901.1.470) ; Civ., 27 février 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.1.604). — En ce qui concerne la condamnation criminelle, cet élément est remplacé par la certitude et l'importance du préjudice moral subi par l'époux innocent.

4. V. *supra*, p. 69.

5. Angers, 19 mai 1937 (D. 1938.2.55 et la note de J. Carbonnier).

le divorce en cas d'adultère, parce que l'époux adultère était de bonne foi, l'intention coupable manquait. La Cour de Cassation tout en cassant l'arrêt d'Angers, laisse la possibilité de croire que l'intention coupable est exigée même pour l'adultère, cause péremptoire, étant donné qu'elle n'admet pas la bonne foi basée sur l'*ignorantia juris*.

En résumé, la faute de l'auteur du fait était un élément constitutionnel de la notion de cause de divorce aussi bien en ce qui concerne l'imputabilité que la volonté de nuire. A propos de ce dernier élément, la jurisprudence, admettait quelques catégories d'exceptions parmi lesquelles une seule, a acquis, au cours des temps, un caractère résolu et stable, formant un îlot dans la conception traditionnelle de la faute.

La doctrine sur ce point était unanime et faisait de la faute un élément essentiel de la notion de cause de divorce[1]. Un seul auteur a essayé, ces derniers temps, en se basant d'ailleurs sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 janvier 1936, d'élaborer une notion de causes de divorce, sans idée de faute[2]. « Des faits commis sans intention coupable peuvent bien être retenus comme causes de divorce, mais à condition qu'il soit en même temps constaté que la continuation de la vie commune est devenue intolérable »[3] et que ces faits constituent « les symptômes de cet état morbide du ménage »[4]. Cette conception ne fait qu'un tout avec une théorie plus

1. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. IV, n° 401 ; — LAURENT, *op. cit.*, t. III, n°s 189 et 190 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, t. IV, n° 37 ; — PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 517 ; — DE PAGE, *op. cit.*, t. I, n° 853-2° ; — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, n° 924 ; — J. HITIER, *op. cit.*, *passim* ; etc...

2. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 6.

3. *Ibid*, p. 312.

4. *Ibid.*, p. 303.

générale de la notion de cause de divorce, ingénieuse mais un peu forcée.

III. — La réforme a-t-elle apporté des changements sur ce point ? Le nouvel élément légal du droit positif actuel contient-il de nouvelles règles qui puissent orienter la jurisprudence dans une autre direction que celle d'avant 1941 ?

On peut répondre par les arguments légaux qui existaient avant la réforme. Celle-ci n'a rien enlevé à leur nombre et à leur force [1].

Mais à côté de ceux-ci les innovations apportées à l'article 232 du Code civil offrent certainement des supports solides à la conception d'une faute contenant par définition l'élément intentionnel.

La première partie de la violation des devoirs et obligations résultant du mariage, et dû par l'un des époux à l'autre. C'est le terme de *violation* qui contient expressément l'idée intentionnelle, aussi bien son élément d'imputabilité que celui de la volonté de nuire. Une violation est un manquement à ce que l'on est oblige de faire en vertu d'une règle de conduite sociale [2]. C'est « une transgression consciente et volontaire » [3] ; les « faits non intentionnels ne constituent pas une violation fautive des devoirs du mariage » [4]. Il s'en suit que l'élément intentionnel est aujourd'hui formellement exigé par la loi.

Cette dernière affirmation peut cependant être mise en doute, si l'on ne se fonde que sur la signification littérale du mot. On peut effectuer la violation d'un devoir sans avoir cet élément psychique. Ce que le terme

1. Voir *supra*, p. 65 et suiv.
2. J. Carbonnier, *op. cit.*, dans D.C. 1941.L. 63, col. II.
3. *Id.*, *op. cit.*, *loc. cit.*
4. Vizioz, *op. cit.*, n° 12.

renferme d'incontestable, c'est l'action objectivement envisagée par rapport aux changements qu'elle apporte dans le monde social. Si l'on perfectionne cette action, on a comme élément principal, le résultat. L'agent de l'action ne se trouve qu'au second plan, c'est-à-dire qu'il est supposé, qu'il est presqu'indispensable ; en dehors de son existence le terme de violation ne donne aucun autre renseignement. Un agent fou ou bien de bonne foi peut violer l'accomplissement d'un devoir. Il n'est donc pas exact que la violation implique littéralement un acte conscient et volontaire [1], il n'est donc pas exact non plus qu'elle ne puisse être que fautive [2].

Mais il ne faut pas conclure de ce raisonnement que dans le nouveau texte, de l'article 232 du Code civil le terme de violation désigne justement, en ce qui concerne son agent, le psychisme inconscient et involontaire ; on peut invoquer les arguments suivants qui peuvent en même temps renforcer ceux tirés des articles 229-231 et généraliser l'élément intentionnel pour toutes ces causes de divorce :

1° Tout d'abord l'économie générale de la loi du 2 avril 1941 est de rendre le divorce plus difficile. Or si l'on ne pose pas l'exigence de la faute on va à l'encontre de cette économie générale, car au lieu d'aboutir à une diminution du nombre des mariages dissous, on aura une augmentation de divorces prononcés sur la base de ces articles, réformés en vue de cette économie ;

2° la loi n'a nullement restreint les pouvoirs des juges existant avant la réforme, mais au contraire, elle les a étendus [3], même là où de nouvelles conditions légales

1. Carbonnier, *op. cit.*, dans D.C. 1941, L. 63, col. II.
2. Vizioz, *op. cit.*, n° 12.
3. Voir les articles 238, al. 5e ; 246, al. 1er et 2e.

sont exigées[1], tout cela en vue de l'économie générale de la diminution des divorces. Or, il n'y a aucune raison pour qu'elle en fasse autrement sur le point qui nous préoccupe et en ce qui concerne les causes des articles 229-231, d'autant plus que le contraire enlèverait la possibilité d'appréciation dans le cas de fin de non-recevoir à propos de la connivence dans l'adultère (celle-ci étant admise dans la jurisprudence), à propos des condamnations à une peine afflictive et infamante des deux époux (qui étaient admises dans la doctrine)[2] ;

3° admettre l'absence de l'élément intentionnel, serait bouleverser toute l'institution juridique de divorce dont toute une partie, celle qui se préoccupe des effets resterait sans application ; or, le législateur de 1941 a multiplié les conséquences matérielles néfastes qu'encourra l'époux fautif (art. 301 nouveau) ; pour qu'un époux soit fautif, il faut que l'élément intentionnel soit présent dans chaque cause de divorce : c'est pour cela que le terme de *violation* renferme cet élément et que l'adultère le contient dans sa définition ; c'est pour cela que nous disons qu'il est un élément essentiel.

On peut donc en conclure que l'imputabilité ainsi que la volonté de nuire de l'auteur du fait matériel sont exigés par le droit légal positif.

B. — *Préjudice moral*

L'institution du divorce est une de celles qui touche tout à fait les particuliers (c'est-à-dire les époux) et la nation, (c'est-à-dire l'Etat). Dans son histoire d'avant

1. Voir l'article 232 du Code civil.

2. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. IV, n° 415 ; — PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 510 ; — G. LAGARDE, dans *Rev. trim.*, 1936, p. 454 et 455 ; — avec certaines réserves : BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, t. IV, n° 235 ; — HUC, *op. cit.*, t. II, n° 373.

1941, les intérêts des époux et ceux de l'Etat étaient divergents, et tendaient vers des directions tout à fait opposées ; aujourd'hui ceux-ci ont peut-être la priorité.

Dans toute cette institution le point le plus important est, sans aucun doute, le fait matériel destiné à devenir la cause de divorce. Mais il y a encore un moment d'importance égale, sinon plus grande encore, c'est celui où l'époux qui se sent offensé déclanche la procédure. Car le fait matériel peut passer inaperçu ou du moins, ne pas entraîner de graves conséquences, ne pas aboutir à la dissolution. Mais le moment où la procédure est déclanchée, où le différend est porté devant la justice, ce moment est certainement, et sans faute, grave, parce qu'il déclanche les hostilités, il signifie la guerre, la lutte.

Cette lutte réglée et dirigée par la justice, comporte bien une fin qui se présente comme une sanction, riche de conséquences et souvent lourde à supporter. Alors la lutte devient plus âpre et les moyens de lutte sont employés sans choix ni scrupule. Ces moyens sont ceux d'accusation ou de défense. Dans la plupart des cas, ils se confondent, car les deux époux attaquent et demandent respectivement que le divorce soit prononcé aux torts et griefs de l'autre.

Une fois la lutte engagée, les moyens s'ils n'existent pas, sont créés. La lutte est de même nature que les moyens qui, d'ordre moral, partant psychique, sont subjectifs, personnels et se prêtent facilement à l'invention. La preuve exigée était relachée, soumise à des règles juridiques imprécises à l'appréciation des juges et échappait au contrôle de la Cour de Cassation.

Ainsi la question du préjudice subi prend une importance particulière. Il s'impose à un examen doctrinal

critique et, si l'on veut endiguer le flux du divorce, également à une réglementation juridique législative.

I. — Le préjudice subi est toujours moral : il est ressenti par l'époux offensé. S'il s'agit de l'adultère, de la condamnation criminelle ou des excès-sévices ou injures c'est toujours un préjudice moral que l'époux offensé éprouve dans son for intérieur. Ce préjudice moral est ressenti au moment où l'époux offensé prend connaissance du fait matériel émanant de son conjoint et auquel il rattache la qualité répréhensible.

Cette prise de conscience, accompagnée de sentiments désagréables constitue en réalité le préjudice moral. Celui-ci peut ne pas atteindre son apogée au moment même où l'époux offensé prend conscience du fait répréhensible de son époux, mais au moment où il pousse ses raisonnements là-dessus à l'extrême. Ce deuxième moment peut être plus ou moins éloigné du premier, mais en tout cas, l'intervalle de temps qui les sépare ne peut pas être très grand, car la nature de la vie psychique ne permet pas de grand décalage : le psychique étant en changement perpétuel, le temps exerce toujours une action apaisante qui efface tout, réduit surtout les points saillants (il n'en est pas de même dans les cas pathologiques).

Cette courbe projetée dans le temps est très importante du point de vue juridique pour l'institution du divorce. Elle traduit l'intensité des sentiments c'est-à-dire du préjudice vécu et son profil dans le temps.

L'intensité signifie la gravité et elle déterminera la possibilité ou l'impossibilité de continuer la vie commune. Comme tous les sentiments, ceux qui sont vécus par l'époux offensé, se révèleront par ses expressions et ainsi

deviendront objectifs, ils seront accessibles aux autres, partant, susceptibles de preuve. Il est possible que tous ces sentiments éprouvés ne se révèlent pas, mais on peut répondre que tous les sentiments désagréables ne peuvent pas non plus servir de base à la dissolution du mariage.

Ainsi, ces deux traits du préjudice subi, sa gravité accessible aux autres par l'intermédiaire de ses expressions objectives et son intensité qui diminue dans le temps, permettraient une organisation juridique qui pourrait servir pour un contrôle efficace et une maîtrise désirable du divorce de la part des tribunaux. C'est seulement grâce à une organisation de ce genre que le mariage resterait indissoluble en principe et dissoluble dans les cas déterminés et voulus par la loi.

L'organisation de l'élément de temps pourrait être telle que les griefs s'effaceraient avec le temps. La reconciliation qui peut traduire un arrangement et la prescription qui doit signifier l'oubli complet sont à la disposition du législateur. Il est illogique qu'un grief puisse être ressucité pendant toute la durée du mariage et invoqué comme cause de sa dissolution. Au moment où l'époux offensé ressent un préjudice attribuable à un fait provenant de son conjoint, il doit pouvoir intenter l'action en divorce, s'il considère que les conditions de sa réussite sont réunies. Mais après un certain espace de temps, écoulé depuis ce moment, ou encore un autre plus long depuis l'époque du fait répréhensible lui-même, l'action en divorce devait ne plus être possible, car la vie commune efface forcément le préjudice moral subi et en tout cas, en réduit l'intensité. Cela a lieu également lorsqu'il n'y a pas de réconciliation et même après une

réconciliation pour les motifs qui n'ont pas pour but direct de pardonner (mais de permettre d'élever des enfants par exemple).

L'organisation juridique de l'autre trait à savoir les expressions objectives du préjudice subi, est désirable dans sa preuve. Il ne suffit pas, en effet, de prouver le fait matériel attribué à l'époux coupable, ni sa faute. Il faut aussi prouver l'existence du préjudice et cela, à l'époque de la prise de conscience du fait et à l'époque déterminée qui a suvi immédiatement le fait. Ce préjudice moral, s'il est grave et important, doit pouvoir se révéler par les expressions psychologiques directes ou indirectes accessibles à l'observation et qui laissent une trace objective, susceptible d'être invoquée comme preuve du préjudice.

La responsabilité n'existe pas si le préjudice est absent. Le divorce devrait être impossible si le préjudice moral n'existait pas.

Mais, dira-t-on, l'existence du préjudice est prouvée par l'action en divorce elle-même, par tout le comportement de l'époux demandeur. L'objection est vraie mais c'est précisément ce préjudice moral juridiquement non réglé qui permet aux époux de disposer souverainement du sort du mariage et qui rend presque impossible le contrôle des tribunaux, partant inefficace la politique de l'Etat en matière de mariage.

Laisser la preuve du préjudice à la disposition complète de l'époux offensé, à sa libre volonté, à son appréciation subjective, sans lui fixer aucune limite, c'est laisser aux époux la possibilité de proclamer n'importe quel fait répréhensible en affirmant qu'ils ont subi à cause de ce fait, un préjudice moral ; c'est permettre qu'ils créent et

inventent à leur propre gré et d'après les besoins de leur cause, les faits imputables à l'autre époux, car comme nous l'avons vu, la loi admet que tout fait puisse être répréhensible (l'injure n'étant pas déterminée) ; c'est tolérer le principe de la dissolution du mariage par la volonté inconditionnée d'un seul époux ; c'est renoncer au mariage institution d'intérêt public.

II. — Dans les textes légaux, d'avant la réforme de 1941, aucune disposition qui concernât le préjudice subi et sa limitation dans le temps, excepté la réconciliation en tant que fin de non-recevoir, dont parlait l'article 244 du Code civil dans ses deux premiers alinéas. « L'action en divorce, dit cet article, s'éteint par la réconciliation des époux survenue, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande. — Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action ; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation, et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande ». — Aucune prescription pour les causes de divorce n'existait[1]. Un fait susceptible de devenir cause de divorce pouvait être invoqué à l'appui de la demande en divorce, d'une manière illimitée, jusqu'à la mort de l'un des époux.

La loi était muette en ce qui concerne la preuve du préjudice moral subi. Les faits énumérés dans les articles 229-232 du Code civil, n'ayant pas de définition légale, la jurisprudence et la doctrine étaient obligées de se reporter aux significations non-juridiques de ces termes qui ont permis l'extension de l'un d'entre eux à savoir l'injure.

1. Sauf celle de trente ans.

Ainsi, l'injure a manqué de critère objectif pour la détermination de sa notion ; la jurisprudence s'est référée à un critère purement objectif à savoir les sentiments éprouvés par l'époux offensé. Ayant toujours cru l'époux qui se disait offensé, elle ne cherchait la preuve que du fait auquel l'époux offensé attribuait un caractère injurieux. Ainsi, n'importe quel fait pouvait être considéré comme injurieux, sans que la preuve de ce caractère injurieux soit exigée. Avec un peu d'imagination, ou à défaut, avec l'aide d'un avocat qui connaissait les cas des recueils de jurisprudence, l'époux qui voulait *obtenir* le divorce, composait son récit de malheur et, en le liant à un fait *quelconque*, appelé depuis injure, le soumettait au tribunal, dans un seul but : le divorce. Seul le fait matériel devait être prouvé : l'élément psychique de l'auteur du fait, son intention de nuire était le plus souvent remplacée par les tirades sur le préjudice subi, préjudice moral, non prouvé, mais récité par l'époux offensé et « apprécié » par les juges du fond, c'est-à-dire le plus souvent accepté comme vrai. Ainsi la notion de cause de divorce, appelée injure, se trouvait complète et le mariage était dissous.

Dans certains cas, on pouvait constater ce préjudice, d'un point de vue objectif. Ainsi l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux [1], la contagion d'une maladie vénérienne d'un des époux du fait de l'autre [2] ; mais il y avait des cas où ce préjudice est difficile à constater : c'était le cas d'inaccomplissement du devoir conjugal *stricto sensu* [3], des fautes dans les relations sexuelles [4],

1. Trib. civ. de Thonon, 5 décembre 1924 (*Gaz. Pal.*, 1925.1.390).
2. Trib. civ. de Saumur, 23 février 1938 (*Gaz. Pal.*, 1938.1.675 en sous-note) ; Paris, 15 juillet 1932 (*Gaz. Trib.*, 29 nov. 1932).
3. Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21).
4. Nancy, 10 mars 1894 (D. 1895.2.14).

de certains manquements aux devoirs de fidélité[1]. Déjà les injures proprement dites consistant en paroles injurieuses, imputations calomnieuses étaient vouées à un critère purement subjectif[2] ; bien préparées par l'époux qui les invoque, elles pouvaient impressionner les juges qui les ont par suite qualifiées de graves, en les faisant ainsi rentrer dans le cadre légal : elles devenaient suffisantes pour que la dissolution du mariage pût être prononcée. Et pourtant un critère objectif est fort possible ; les injures verbales et les imputations calomnieuses ne sont répréhensibles que parce que la société leur attribue cette qualité. Or les époux font toujours partie d'une société, d'un milieu social. On peut savoir approximativement quels sont les mots et les imputations considéres comme injurieux. Ainsi, les juges, armés d'un critère objectif verront si telle injure, même intentionnellement proférée, mérite d'être élevée au rang de cause. Ils peuvent dire si une injure de cette catégorie présente un préjudice moral suffisant pour consumer le cercle personnel de la vie commune[3].

Ensuite, il y a des faits qui n'entrent dans aucune catégorie et qui ont provoqué le préjudice moral purement subjectif, ressenti seulement par l'époux demandeur seul, sans aucune possibilité de mesure objective. Ainsi les fréquentes visites du mari à une voisine sont comprises par la femme comme constituant pour elle un préjudice moral[4]. — Dans un autre cas après onze mois de cohabi-

1. Surtout s'ils sont de notoriété publique. — Req., 7 mai 1934 (*Gaz. Pal.*, 1935.2.481).

2. Paris, 6 novembre 1929 (*Gaz. Pal.*, 1929.2.872).

3. Ce sera si les paroles injurieuses deviennent le seul contenu du commerce spirituel des époux : l'atmosphère infernale rendra la vie commune intolérable : Paris, 16 février 1872 (D. 1873.2.156) ; Montpellier, 5 février 1895 (D. 1896.2.101).

4. Req., 8 juin 1939 (D.H. 1939, 421).

tation, une femme a demandé le divorce pour inaccomplissement de la part du mari du devoir conjugal et prouvant sa virginité. Le mari a demandé reconventionnellement le divorce considérant la demande comme « téméraire, partant injurieuse »[1].

Le fait qu'un étranger ait été expulsé de France est compris par sa femme commme un préjudice moral, susceptible d'entraîner le divorce[2]; le détournement des fonds du patron par le mari est compris de la part de la femme comme un préjudice moral susceptible de motiver la demande en divorce et par suite, le divorce lui-même[3]. On peut citer dans le même ordre d'idées le cas d'un mari qui a quitté la France pendant la guerre pour échapper à la mobilisation, mais qui s'est repenti ensuite et a rempli son devoir patriotique bien qu'ayant subi une condamnation correctionnelle — qui a été compris par la femme comme un préjudice moral et qui a entraîné le divorce après la guerre[4]. — Ou bien encore un autre cas caractéristique de divorce est celui qui a été prononcé aux torts exclusifs du mari à la demande reconventionnelle de la femme : le mari a demandé le divorce parce que sa femme n'a pas voulu rejoindre le domicile conjugal ; les juges ont trouvé que ce refus était justifié ; par contre la femme a invoqué une série de faits interprétés par elle comme injurieux et accepté par les juges : son mari l'a laissée, elle et les enfants, sans ressources nécessaires ; « une prétention abusive, en l'état de précarité de ses ressources, d'avoir sa femme auprès

1. Montpellier, 2 mars 1938 (D.H. 1938, 312). — Dans le même sens, Req., 22 février 1937 (D.H. 1937, 185) ; Bourges, 17 mai 1922 (D. 1922.2. 152).
2. Colmar, 7 janvier 1938 (D.H. 1938.218).
3. Colmar, 29 juillet 1924 (D. 1925.2.16).
4. Trib. civ. de Boulogne-sur-mer, 31 juillet 1919 (D. 1920.2.134).

de lui et de lui faire abandonner sa situation » (à elle) ; les relations avec une dame de « caractère suspect et partant injurieux » ; certaines scènes injurieuses non prouvées, mais qui coïncident avec la conduite équivoque du mari à cette époque[1]. — Un autre cas est celui où le mari qui a subi le préjudice moral et qui a obtenu le divorce en s'appuyant sur le fait que sa femme lui a dissimulé une fausse couche et à refusé de se soumettre pendant sa grossesse à la surveillance du médecin désigné par le mari[2]. — Une lettre du mari à la femme qui exprime des doutes sur sa paternité par rapport à l'enfant né pendant le mariage : « Considérant qu'il y a là une injure grave et inexcusable, la conduite de la femme ayant toujours été irréprochable et reconnue telle » ; mais aussi une lettre de la femme où elle refuse de suivre son mari à l'étranger où l'appelle sa carrière ; — des deux côtés, il y avait donc préjudice moral et le divorce a été prononcé aux torts réciproques[3]. — Là, c'est un coiffeur, sans aucune aptitude professionnelle et que la femme fréquentait tout en ayant un autre coiffeur habituel, sans pouvoir fournir d'explication — le fait retenu par le mari comme préjudice moral, et par les juges comme cause de divorce[4]. — Les déclarations confidentielles de la femme à l'une de ses amies sur les détails intimes de son mari sont considérées par celui-ci comme un préjudice moral[5]. — Le préjudice moral pour la femme est aussi le fait, qu'un mari s'adonne au nudisme « non seulement dans parcs spéciaux, mais aussi en pleine campagne, sur des plages et même dans son

1. Lyon, 22 novembre 1933 (S. 1934.2.36).
2. Trib. civ. de Bayonne, 25 janvier 1937 (S. 1937.2.36).
3. Rennes, 6 janvier 1931 (S. 1931.2.84).
4. Req., 28 mars 1938 (S. 1938.1.179).
5. Req., 9 février 1932 (D.H. 1932.163).

intérieur » ; de se faire photographier, de se montrer en chemise dans la chambre de jeunes filles... quoique la femme elle-même pratiquât le nudisme, mais n'était jamais une nudiste « d'esprit »[1], etc.

Dans tous ces cas rapportés le ou les faits peuvent être prouvés et ils l'étaient. Mais déjà l'intention de nuire de leur auteur n'était ni demandée, ni prouvée. En ce qui concerne le préjudice moral de l'époux offensé, il était tout simplement accepté tel que l'époux demandeur l'avait présenté, sans que les juges aient manifesté la moindre exigence pour son objectivisation et sa preuve. La vague impression d'un état d'esprit des époux décide les juges à accorder la dissolution du mariage, la considérant comme la meilleure solution d'une situation aiguë.

Aurait-on pu trouver un critère objectif pour tous ces préjudices moraux, un critère qui empêcherait l'époux offensé de forger des prétextes ? Un critère qui en justifiant le préjudice aurait peut-être pu prouver que le fait indiqué a eu des conséquences qui ont détruit la base personnelle de toute possibilité de continuer la vie commune.

Ce critère objectif ne peut être recherché que dans le milieu social, n'est, ne peut être et ne doit être injurieux que ce que la société considère comme tel. Les juges ne doivent pas être plus exigeants que la société et considérer les confidences de la femme à l'une de ses amies sur les détails intimes concernant son mari comme injures, si dans le milieu social des époux cela n'est pas considéré comme injure. — Pareil raisonnement peut être fait dans tous les cas de la même espèce.

1. Trib. civ. de la Seine, 23 juin 1932 (S. 1932.2.192).

Et même dans les cas où la société considère un tel fait comme injurieux il ne suffit pas qu'il le soit à peine : la dissolution du mariage ne peut pas sanctionner le plus petit sentiment désagréable qu'un époux puisse éprouver à cause des agissements de l'autre. Un caractère de gravité est nécessaire à ce préjudice subi. Il doit se préciser dans sa nature, s'exprimer dans le milieu, se fixer dans le temps de sorte qu'il puisse être observable par les autres, partant susceptible de preuve.

En ce qui concerne sa fixation dans le temps, il ne doit pouvoir s'éprouver que dans un délai plus ou moins long qui suit le moment où l'époux offensé a eu connaissance du fait répréhensible et imputable à son conjoint. Ce délai passé, sans que l'époux ait demandé le divorce, le fait ne devrait plus pouvoir être invoqué : le préjudice moral s'efface au cours du temps, la vie apporte ses nouveaux éléments et ne permet pas aux époux de fixer leur malveillante attention sur un fait quelconque, même sur celui qui a eu des conséquences sensibles, mais qui se place dans un passé déjà éloigné.

III. — Si la deuxième innovation de l'article 232 du Code civil n'offre aucun argument positif pour prouver l'exigence par le droit actuel de l'élément psychologique de l'auteur du fait matériel, on peut dire qu'il nous renseigne sur l'exigence de l'élément psychologique de l'époux-victime : il faut que les faits imputables à un époux « rendent intolérable le maintien de la vie conjugale » et cela du point de vue de l'époux offensé.

Celui-ci ressentira le préjudice moral que lui porte son conjoint, mais cela ne suffit pas pour qu'il puisse demander la dissolution du mariage. Le préjudice moral prendra une forme expressive objectivée ; il faut que

ce préjudice change le psychique[1] de l'époux victime de telle sorte que sa personnalité ne puisse plus répondre aux exigences de ce cercle restreint, purement personnel, qui est la base du mariage, partant de toute continuation de la vie commune[2]. Un préjudice de moindre gravité ne peut effectuer ce changement. Ainsi une lettre injurieuse, une parole, une confidence faite à un tiers, une pratique nudiste modérée, une jalousie, etc... n'arriveront pas à produire un changement du psychique de l'époux offensé, du moins s'il est psychiquement bien équilibré. Si ces faits restent plus ou moins isolés, le temps aplanira et effacera presque complètement ce petit trouble psychologique.

Mais il ne suffit pas que le préjudice soit subi et ressenti : il faut encore qu'il s'extériorise. Un préjudice ressenti mais nullement exprimé n'entre pas en considération désormais : chaque sentiment désagréable ressenti par un époux ne pourra plus servir de base au divorce. Il doit atteindre l'intensité susceptible de s'extérioriser, de s'objectiver, d'être remarqué par le milieu, d'avoir des répercussions sur la vie commune. Il faut que l'expression du préjudice moral soit observable, partant susceptible d'être prouvée. L'époux offensé ne pourra plus broder des récits en disant que tel fait a produit tels effets sur son psychique : il faudra que ces effets soient visibles pour le milieu, partant prouvés devant les juges. Une demande en divorce et surtout une

1. Ce terme est employé dans la psychologie moderne pour désigner l'ensemble de faits qu'étudie la psychologie (le terme *psychologique* pour ce qui se rapporte à la psychologie elle-même). — V. D. Lagache, *Jaspers et l'intelligibilité du psychique*, dans « *Bulletin de la Fac. de Lettres de Strasbourg* » 1940-41, p. 125 et suiv.

2. La personnalité de l'époux offensé n'est que la moitié de ce cercle : l'autre appartient à la personnalité de l'époux-auteur du fait qui sera examiné plus loin : voir *infra*, p. 92 et suiv.

demande reconventionnelle ne pourra plus invoquer les faits les plus lointains, ressuscités pour les besoins du moment et de la cause, et leur attribuer toutes sortes de traits répréhensibles, injurieux, car leur preuve ne sera pas possible. — De plus, le critère objectif du préjudice moral est donné pour le mesurer : même observable et susceptible de preuve, il sera insuffisant pour servir de fondement à une demande en dissolution du mariage. Il doit avoir provoqué une atteinte à la vie commune qui doit devenir « humainement et raisonnablement »[1] et socialement impossible. — Il va sans dire qu'un lien de causalité doit exister entre le ou les faits imputables à l'autre époux et le préjudice moral subi, et en outre entre le préjudice moral et la vie commune intolérable.

IV. — En ce qui concerne le moment du préjudice moral dans son rapport avec le fait qui l'a provoqué et la demande en divorce qu'il provoque, la réforme de la loi du 2 avril 1941 n'a pas été aussi heureuse.

Pour le premier de ces rapports, la nécessité de la preuve et par conséquent de la situation que les juges auront à examiner supprime le décalage possible. L'époux offensé ne pourra pas prétendre qu'un fait qui remonte à une telle époque ait provoqué un préjudice moral beaucoup plus tard, car non seulement c'est peu vraisemblable, mais presqu'impossible à prouver.

Le deuxième rapport, à savoir celui de l'époque du préjudice subi et de l'époque de la demande en divorce est plus important.

Nous avons vu que le temps efface le préjudice moral et surtout si la vie commune dure encore. Un certain temps après que le préjudice a été porté et la demande en

1. Vizioz, *op. cit.*, n° 10.

divorce non présentée, il aurait fallu considérer la vie commune comme possible, l'incident aplani, surmonté, et par suite la demande qui se fonde sur ce préjudice, interdite.

Au lieu de prendre de pareilles mesures, la loi du 2 avril 1941 a justement pris des dispositions contraires. L'article 233 du Code civil interdit toute demande en divorce pendant le délai de trois ans qui suit le jour de la célébration du mariage, sans faire aucune distinction et surtout du point de vue du préjudice moral de l'époux offensé.

Ainsi, au lieu de suivre la réalité psychologique et la probabilité, au lieu de vouloir se plier aux faits sociaux qu'elle régit, la loi les a forcés, en faisant abstraction du raisonnement qui prend le psychique humain en considération directement ; en voulant effrayer les futurs époux en leur présentant le divorce comme impossible, ou du moins réalisable, dans une perspective lointaine, interminable. On voit facilement quelles peuvent être les conséquences de telles mesures.

Dans la législation comparée on peut citer l'exemple de la loi hongroise XXXI de 1894 sur le mariage et qui limite le temps où l'action en divorce est possible en se fondant sur le moment où l'époux offensé a pris connaissance du fait répréhensible, et même le moment où le fait s'est déroulé [1]. — Ce procédé a été adopté par l'avant-projet du Code civil yougoslave de 1934 (art. 167).

V. — La jurisprudence postérieure sur la question des éléments psychologiques est presque inexistante. Néanmoins, on peut citer deux cas, à notre connaissance

1. C'est aussi le cas de la législation suisse : Voir l'article 138 du Code civil suisse.

qui peuvent marquer la tendance de la jurisprudence sinon à se préoccuper de l'élément psychologique, du moins à chercher les moyens qu'offre le nouvel article 232 eu Code civil.

Le Tribunal civil de Rodez, avant la réforme a prononcé le divorce en se fondant sur les imputations très graves d'adultère avec de nombreux amants, que le mari avait articulées contre sa femme. La Cour de Montpellier a repris l'enquête et a rendu un arrêt le 6 mai 1941 [1], c'est-à-dire après la réforme. Les seules dépositions qui aient été invoquées par les juges rapportent que dans une scène violente, au cours de laquelle le mari reprochait à sa femme les nombreuses infidélités qu'il lui imputait, celle-ci aurait reconnu le fait. Cet aveu était aussitôt rétracté, en l'absence du mari et n'avait comme but que d'apaiser la colère du mari. « Attendu que dans ces conditions, cet aveu n'apporte pas une preuve de la réalité des faits incriminés et que pris en lui-même il ne constitue pas un manquement aux devoirs du mariage qui puisse rendre intolérable le maintien de la vie conjugale » la cour déclare mal fondée la demande en divorce du mari et l'en déboute. — Le mari n'a pas prouvé l'existence des faits invoqués, par conséquent son préjudice moral, non plus. L'aveu ne constitue pas en lui-même, un fait susceptible de devenir une cause de divorce et les sentiments désagréables qu'il a provoqués ne représente pas un préjudice moral susceptible de rendre la vie commune intolérable et capable de fonder une demande en divorce.

Le Tribunal civil du Havre dans un jugement du 20 mai 1941 [2] aborde la question du préjudice moral,

1. *Sem. Jur.*, 1941, 1663.
2. *Gaz. Pal.*, du 11-12 août 1941.

mais en vue de l'application du délai de deux ans de l'article 246 du sursis, de telle sorte qu'il ne tire pas de conséquences en vue de se décider pour ou contre le divorce, mais en vue d'appliquer ou non le délai de l'article 246. Le mari a demandé le divorce et la femme tend reconventionnellement aux mêmes fins. Le mari reproche à sa femme d'avoir quitté le domicile conjugal et de ne pas avoir voulu le réintégrer. La femme reproche au mari de l'avoir obligée à cohabiter avec ses parents et de ne pas l'avoir protégée contre les mauvais traitements de ceux-ci. Le tribunal en réfutant ces derniers griefs de la femme dit qu'il semble « que ces griefs étaient par elle à tort exagérés et généralisés, car les témoins du mari contredisent dans l'ensemble les affirmations de la femme ». D'autre part l'abandon du domicile par la femme « est explicable, mais non justifié ».

« Attendu, dit le jugement, qu'il suffirait d'un peu de compréhension de part et d'autre pour que la vie commune reprenne dans des conditions normales « que la la loi du 2 avril 1941, se fondant sur l'ordre public et l'intérêt national en reléguant au second plan l'intérêt des parties, a entendu réduire les causes de divorce en matière d'injures et de sévices, aux dissentiments graves et essentiels, persistants et irréparables, faisant apparaître la situation comme désespérée et sans issue, ce qui n'est pas le cas, et pouvant justifier la rupture du lien conjugal ». — On voit donc bien que le jugement rapporté accentue plutôt l'élément psychologique de l'époux offensé que de l'époux-auteur des faits. La distinction n'est pas très nette, car il n'y a jamais eu dans la doctrine de pareille analyse, pour que la jurisprudence s'en inspire.

CHAPITRE II

ÉLÉMENTS QUANTITATIFS DU DIVORCE

A côté des conditions que nous avons passé en revue et qui se rapportent à la nature-même des causes de divorce, soit qu'elles résultent de la loi, soit qu'elles résultent de la logique intrinsèque de l'institution, à côté des conditions constitutives et essentielles, il en existe un deuxième groupe qui, cette fois, portent sur le degré et l'intensité de la cause du divorce. Si l'une des conditions de nature constitutive manque, la cause de divorce n'existe point ; si, au contraire c'est une condition de degré qui manque, la cause de divorce existe, mais elle n'est pas suffisamment intense et grave pour entraîner le divorce. On peut aussi appeler le premier groupe de conditions qualitatives et le second quantitatives.

§ 1. — Gravité

I. — La première condition de degré est la gravité des faits qui peuvent devenir cause de divorce. Elle existait avant la réforme comme après. L'ancien article 231 du Code civil avait dans sa rédaction le terme *graves* placé après les mots excès, sévices ou injures. On convenait que cet adjectif se rapportât aussi bien aux excès qu'aux

sévices[1] et non seulement aux injures, mais on ajoutait que les excès et sévices était presque toujours par leur nature même graves[2], pratiquement le terme ne s'appliquait qu'aux injures qui, ainsi, devenaient injures-graves. Désormais on considérait l'injure-grave comme une seule notion. Elle était une cause de divorce qui cachait une quantité de faits de caractère et de gravité divers qui, avec le temps devenaient de plus en plus fixes et déterminés[3]. Comme on ne savait pas ce qu'est une injure, la jurisprudence s'est mise au travail et durant près d'un siècle et demi, elle construisait non pas la notion d'injure, mais celle d'injure-grave-cause-de-de-divorce. Ainsi, dans cette expression ni le mot *grave*, ni le mot *injure*, n'avaient, pour ainsi dire de sens, à eux seuls, séparément : c'est alors qu'est intervenu le facteur : l'usure des mots[4]. Il est donc difficile de faire ressortir l'élément de gravité de cette notion cohérente, car il n'y était jamais distingué en particulier.

Aujourd'hui la loi a changé cette notion d'injure-grave, cause de divorce qui a causé tant de ravages : l'injure existe seule sans terme *grave* à côté d'excès et sévices et d'autre part, l'adjectif *grave* est réuni à un autre terme qui est celui de violation. Et de même que nous avons eu à déterminer la signification du terme *injure*, il nous faut déterminer la valeur pratique et théorique du mot *grave*.

Dans le Code civil le mot *grave* signifie grammaticalement que les injures et éventuellement les excès et sévices doivent atteindre un certain degré de gravité pour

1. Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 514.
2. De Page, *op. cit.*, t. I, n° 868.
3. Planiol-Ripert, *Traité théorique*, t. I, 12e édit., n° 1168, n. 1.
4. A. Breton, *op. cit.*, dans *Sem. Jur.*, 1941, Doctr. 205, n° 15.

être admis comme causes de dissolution du mariage. Mais si l'on se rapporte aux travaux préparatoires du Code civil, on verra que l'expression *d'injures-graves* était plutôt comprise comme une notion globale [1], indéterminée que la jurisprudence aura à remplir et à déterminer, non par une analyse des termes *injures* et *graves*, mais plutôt par une espèce d'application intuitive aux cas qui lui seront soumis en les appréciant [2] d'après leurs circonstances [3], leur gravité [4], et surtout d'après un critère objectif qui était admis dans l'ancien article 233 du Code civil et qui a été souvent mentionné au cours des discussions [5] : l'impossibilité de la vie commune. Les travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1884 n'ont fait que confirmer [6] ce point de vue, suivi d'ailleurs par la jurisprudence en matière de séparation de corps. Néanmoins le texte légal incite au respect de certaines régles de logique juridique. Ainsi la gravité peut être suffisante et résulter d'un seul fait, mais non de la répétition d'un fait qui ne présente qu'une intensité minime. De toute façon, et c'est là la règle la plus importante, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité [7].

Comme c'était tout à fait naturel et souhaitable, une telle disposition légale n'a reçu sa forme positive que dans la pratique jurisprudentielle. Or celle-ci n'a eu qu'à réaliser le programme que la loi lui a assigné. Tout d'abord elle a concrétisé cette notion globale d'injure-grave [8].

1. Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 433, 437, 478, 502.
2. *Ibid.*, p. 433.
3. *Ibid.*, p. 437 et 438.
4. *Ibid.*, p. 478.
5. *Ibid*, p. 248, 305, 307, 351, 362.
6. S. Lois annotées, 1884, 659, n° 6, col. II.
7. Huc, *op. cit.*, t. II, n° 293.
8. On peut citer à ce propos, tous les jugements *qui ont prononcé* le divorce pour cause d'injures-graves. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à

Mais étant obligée de motiver ses décisions (al. 2 de l'art. 7 de la loi du 20 novembre 1810), elle a dégagé plusieurs règles dans l'appréciation de la gravité des faits invoqués. Ce sont surtout ces règles qui présentent un intérêt théorique et pratique. Un seul fait, pourvu qu'il revête « un caractère de gravité, peut constituer une cause de divorce »[1]. La publicité des faits invoqués n'est pas nécessaires pour qu'ils soient proclamés graves, surtout quand il s'agit des faits de la vie intime[2] ; mais on peut dire d'une manière générale qu'elle augmente[3] ou diminue[4] la gravité, sinon qu'elle a eu lieu ou non. — L'habitude, étant donné qu'elle signifie la multiplicité est la répétition, accroît la gravité[5], mais n'est pas du tout exigée[6]. — La position sociale et surtout l'éducation des époux sont des circonstances qui déterminent la gravité des faits invoqués[7]. — Les sentiments des époux[8], l'espoir de reconciliation[9], l'ancienneté du mariage[10], l'existence d'enfants[11] devoirs d'assistance[12] et surtout la réciprocité des torts, le plus souvent sous forme de pro-

feuilleter un recueil de jurisprudence. — A titre d'exemple : Trib. Seine, 23 juin 1932 (S. 1932.2.192) ; Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21) ; Civ., 7 mars 1935 (S. 1935.1.220).

1. Req., 22 juin 1880 (D. 1881.1.104) ; Req., 5 février 1912 (D. 1914.1. 323) ; Req., 7 février 1938 (D.H. 1938, 198) ; la citat. est tirée de ce dernier arrêt : Colmar, 24 avril 1936 (D.H. 1936.291).
2. Colmar, 26 juin 1928 (*Gaz. Pal.*, 1928.2.685).
3. Trib. civ., de la Seine, 23 juin 1932 (S. 1932.2.192).
4. Alger, 1er mai 1894 (D. 1894.2.536).
5. Rouen, 30 mess. An XII (Dalloz, Rep. Alph., n° 433).
6. Feq., 21 mars 1815 (Dalloz, Rep. alph. n° 439).
7. Amiens, 26.mai 1932 (S. 1932.2.208) ; Paris, 6 novembre 1929 (*Gaz. Pal.*, 1929.2.872).
8. Colmar, 21 janvier 1936 (*Gaz. Pal.*, 1936.1.657).
9. Civ., 24 juillet 1922 (D. 1926.1.161 et note Guénée).
10. Req., 6 janvier 1902 (D. 1902.1.95) ; Req., 3 mai 1886 (S. 1886.1. 406).
11. Trib. civ. de la Seine, 3 mars 1933 (S. 1934.2.67) ; Trib. civ. de la Seine, 23 juin 1932 (S. 1932.2.192).
12. Douai, 28 décembre 1932 (S. 1933.2.108) ; Req., 4 mars 1902 (S. 1902.1.388).

fication [1] ou sous forme de réaction à l'occasion de prise de conscience de l'inconduite du conjoint [2] sont des circonstances qui sont le plus souvent alléguées et presque toujours prises en considération par les juges lorsqu'ils apprécient la gravité des faits invoqués. — Il y a encore un élément dont les juges tiennent compte en cette occurence : ce sont les faits antérieurs, à ceux qui sont invoqués dans la demande en divorce, à l'égard desquels l'époux demandeur a passé par une réconciliation expresse ou tacite et qui revivent à la lumière des nouveaux griefs sur lesquels la demande est plus particulièrement fondée. Il a été décidé maintes fois que ces faits antérieurs aggravent les faits immédiats [3].

Il est évident que toutes les circonstances que les juges prennent en considération dans l'appréciation de la gravité des faits invoqués ne peuvent pas être relevées étant donné qu'elles dépendent de l'attitude des juges subjective. Néanmoins cette attitude s'est trouvée le plus souvent déterminée par un critère beaucoup plus objectif, quoique pas entièrement, qui est celui de la vie commune intolérable [4]. Mais avant de parler de ce critère important, aujourd'hui imposé par la loi, nous devons voir quelle était l'attitude de la doctrine et le régime de la loi du 2 avril 1941.

Toute la doctrine était d'accord sur ce point, lorsqu'elle affirmait que le caractère de gravité des faits appartient à l'appréciation souveraine des juges du fond [5]. Néan-

1. Req., 12 janvier 1903 (S. 1903, 1, 279) ; Trib. Poitiers, 10 mai 1939 (S. 1940.2.29) ; Lyon, 2 janvier 1939 (S. 1939.2.119).
2. Req., 16 février 1914 (D. 1917.1.184) ; Paris, 16 mars 1923 (D. 1923, 5, 9).
3. Civ., 29 mars 1939 (S. 1939.1.206) ; Lyon, 22 novembre 1933 (S. 1934.2.36).
4. Voir *infra*, p. 101 et suiv.
5. Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 385 ; — Laurent, *op. cit.*, t. III, n° 193 ; Huc, *op. cit.*, t. II, n° 293 ; Planiol-Ripert, t. II par Rouast, n° 514 ; Colin-Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 251 ; — De Page, *op. cit.*, t. I, n° 854.

moins certaines protestations s'étaient élevées contre la facilité avec laquelle les juges ont qualifié le caractère de gravité de certains faits [1], en leur accordant droit de cité parmi les causes de divorce, précisant que le législateur n'a voulu permettre le divorce que « pour des faits présentant pour la moyenne des gens une gravité sérieuse ».

II. — La nouvelle loi s'est prononcée directement sur la question de la gravité. Elle exige que les faits invoqués dans la demande en divorce soient « une violation grave ou renouvelée » des obligations découlant du mariage.

Il faut dire que cette expression figure dans l'article 23 du Code civil et elle se rapporte aux excès-sévices et injures, elle peut être aussi étendue aux faits des articles 229-231 du Code civil. Ce que l'on peut tout de suite objecter c'est que le caractère grave de ces derniers faits est proclamé par la loi même et qu'il n'y a pas lieu de la part des juges, non seulement de le prouver mais encore de l'invoquer, partant de l'apprécier. Si les autres éléments constitutifs et essentiels des causes de divorce sont réunis, pour celui-ci qui est de nature quantitative, il existe dans les cas des articles 229-230, la *praesumptio juris et de jure*. C'est d'ailleurs un des points sur lesquels se fonde la distinction entre les causes préremptoires et les causes facultatives [2].

Ainsi l'unité théorique une fois sauvegardée, l'on peut dire que d'un point de vue grammatical, le texte légal laisse découler trois propositions :

1° *Une* violation grave suffit pour qu'un fait réunissant tous les éléments qualitatifs devienne une cause

1. PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 514.
2. Voir *supra*, p. 132.

de divorce ; il n'y a pas de différence avec le droit positif antérieur à la réforme, quoique l'ancien texte fut au pluriel : en réalité, au cours des travaux préparatoires du Code civil, un attentat à la vie de l'un des époux ainsi qu'un désaveu de paternité était admis comme excès ou injure suffisamment grave pour être proclamé cause de divorce. La jurisprudence était également en ce sens ;

2° Si la gravité d'un seul fait peut l'élever au niveau d'une cause de divorce, la répétition d'un fait, qui pris isolément n'est pas suffisamment grave, le peut aussi. — Cette proposition faisant aussi partie du droit positif d'avant 1941 [1], quoique pas théoriquement.

3° La violation des devoirs et obligations conjugaux quand elle est renouvelée est le plus souvent le résultat de séries de faits de différentes espèces qui s'exercent sur différents points de la vie commune. La gravité d'une telle violation est plus grande et plus compréhensible que celle de la deuxième proposition. C'était d'ailleurs le cas le plus fréquent dans l'ancienne jurisprudence et il n'est pas trop hardi de le prédire, également celui de la jurisprudence à venir.

Mais si l'on confronte ces propositions avec l'économie générale de la loi qui a procédé à la réforme, il faut faire deux objections sur sa technique juridique :

1° Pourquoi le législateur avait-il besoin d'exiger une seule violation, même grave pour permettre le divorce ? L'illogisme de cette exigence se manifeste par deux particularités que l'on retrouve dans la loi-même : — *a*) les deux violations présumées graves et qui consistent en un seul fait ont été séparées et proclamées par la loi,

1. Trib. de Valence, 28 février 1939 (D.H. 1939, 334) ; — V. *supra*, p. 94.

causes préremptoires ; — *b*) une violation, même grave, consistant en un des faits multiples qui peuvent être invoqués à titre d'excès sévices ou injures est le plus souvent d'une durée instantanée, tandis que la deuxième condition quantitative de la nouvelle loi est d'une durée prolongée ; l'économie de la loi exige plutôt plusieurs symptômes par la certitude de la deuxième condition, qui, sans cela est complètement vouée à l'appréciation subjective des juges du fond ;

2° Voulant étendre le contrôle de la Cour de Cassation sur ce point [1], et ayant déjà retouché l'ancienne rédaction pourquoi le législateur de 1941 n'a-t-il non seulement formulé aucun critère objectif en ce qui concerne la gravité des faits, mais a-t-il même assoupli les exigences légales ? Et au lieu de donner aux juges du fond des moyens légaux et à la Cour de Cassation une base de contrôle indubitable, il a augmenté les possibilités de flottements de la jurisprudence du fond, en stipulant qu'il n'est besoin que d'une seule violation grave *ou* d'une violation qui ne le serait pas intégralement mais le deviendrait par la répétition.

Si l'on veut maintenant résumer le progrès effectué par la réforme, on doit dresser un bilan négatif sur le plan légal et constater qu'aucun changement n'est apporté par rapport à la jurisprudence d'avant 1941, ce qui revient à dire que sur ce point, le droit légal d'aujourd'hui ne diffère en rien du droit positif d'hier. Mais le droit légal d'aujourd'hui n'est qu'une prémisse du droit positif. La jurisprudence en ajoutera une autre et tirera des conclusions. Cette deuxième prémisse ne provient pas

1. V. circulaire du 26 mai 1941 du Garde des Sceaux dans *Sem. Jur.*, 1941, 4430.

de la réalité sociale qui lui sera soumise, mais de ce que l'on peut appeler *climat idéologique du milieu*. Les événements qui se sont déroulés en France depuis près de deux ans, ont permis la création d'un climat idéologique plutôt défavorable au divorce. La loi du 2 avril 1941 par elle-même n'y a contribué d'une manière certaine que par les délais de procédure, mais le concert de l'ensemble de la presse inauguré par l'allocution du Garde des Sceaux [1] et si bien dirigé a créé une opinion dans le grand public consistant à dire que le divorce est difficile, presqu'impossible, en tout cas long à obtenir, interminable.

La jurisprudence suivra certainement ce courant idéologique qui deviendra un élément du droit positif d'aujourd'hui. Et quoique nous n'ayons pas trouvé de décisions qui se rapportent au point que nous examinons, nous croyons pouvoir trouver un indice dans le sens de la traduction de ce climat idéologique, dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 6 mai 1941 [2]. Le tribunal civil de Rodez a prononcé le divorce avant la nouvelle loi aux torts et griefs de la femme en se fondant sur les imputations du mari, tendant à dire qu'elle s'était rendue coupable d'adultère et qu'elle avait de nombreux amants, ce qui, d'après l'arrêt n'était pas prouvé mais que la femme a avoué. La Cour trouve que dans ces conditions, les faits n'étant pas prouvés, l'aveu en lui-même ne constitue pas un manquement aux devoirs du mariage suffisamment grave [3] et refuse le divorce.

1. Allocution radiodiffusée le 12 avril 1941, par laquelle il a présenté la nouvelle loi au public. Son texte se trouve dans la presse quotidienne du 13 avril 1941 et aussi dans D.C. 1941. L. 61, n. 1.

2. *Sem. Jur.*, 1941, 1663 (première espèce).

3. L'arrêt ne parle pas de gravité, mais seulement de l'absence de la condition : impossibilité du maintien de la vie conjugale, mais étant donné qu'il refuse le divorce on peut conclure que la condition de gravité manque aussi.

En conclusion : la condition de gravité de faits allégués dépendra de l'attitude de la jurisprudence, qui, vu le climat idéologique du milieu et les possibilités de la technique juridique s'orientera dans le sens d'une augmentation des exigences.

§ 2. — Vie commune intolérable

La deuxième condition quantitative exigée pour que les faits invoqués deviennent causes de divorce est *l'impossibilité de la vie commune.* Aujourd'hui elle est entrée dans l'article 232 du Code civil sous la forme suivante : le divorce sera prononcé « lorsque ces faits (excès, sévices ou injures) *rendent intolérable le maintien de la vie conjugale* ». Le Code civil le contenait dans son article 233 [1] sous la formule *de la vie commune insupportable,* mais vu que le divorce par consentement mutuel n'était plus admis, cette condition n'était pas de droit légal avant la réforme. Toutefois on le rencontre dans la jurisprudence et même dans la doctrine.

I. — Dans les travaux préparatoires du Code civil, on rencontre à plusieurs reprises, cette condition. La première proposition de Portalis mentionne comme cause de divorce « la conduite habituelle de l'un des époux qui rend à l'autre la vie commune insupportable » [2] ; la rédaction du Boulay contient la formule : la séparation est

1. Cet article a été abrogé par la loi du 27 juillet 1884 et avait trait à la cause de divorce par consentement mutuel des époux. Il avait été conçu de la manière suivante : « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce ».

2. FENET, *op. cit.*, t. IX, p. 248.

admise pour « toute cause dont l'effet continué rendrait impossible la vie commune entre les époux »[1]. Dans le même sens, voir le projet de Berlier[2] et d'Emmery[3] qui ont amené après de longues discussions[4] à la rédaction définitive de l'article 233. — Dans les travaux préparatoires de la loi du 27 juillet 1884, on retrouvera également la formule au cours des discussions[5].

Mais c'est dans la jurisprudence qu'elle est exploitée. Il y a tout une série de décisions qui ont expressément recours à la formule, le plus souvent à l'occasion de la détermination des excès-sévices ou injures graves. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Paris du 16 février 1872[7] un des considérants dit « que la loi n'admet comme injures graves, que celles qui sont l'expression sincère d'un sentiment mauvais, réfléchi, permanent, rendant la vie commune insupportable » ; un jugement du tribunal de Bruxelles du 17 octobre 1885[7] dit, à la même occasion que l'injure grave est toute souffrance morale, infligée volontairement et à tort et tellement intense qu'elle rende la vie commune intolérable. Un arrêt de la Cour de Montpellier[8] pose un principe plus large encore, en disant que le lien conjugal doit être rompu seulement « lorsqu'il est devenu une chaîne insupportable et que la vie commune, moralement et matériellement intolérable, ne peut plus être continuée sans compromettre l'honneur ou la sûreté des époux ».

1. *Ibid.*, p. 305.
2. *Ibid.*, p. 307.
3. *Ibid.*, p. 309, 351, 362, 375.
4. *Ibid.*, 374-388.
5. *Sirey, Lois annotées*, 1884, p. 659, col. II, au Sénat, le discours de Eymard-Duvernay.
6. Arrêt de Beauffremont (D. 1873.1.156).
7. *Pasicr. belge*, 1886, p. 261.
8. Montpellier, 6 février 1895 (D. 1896.2.101).

Un véritable renversement dans la conception de la cause de divorce est effectué par un arrêt de la Chambre civile du 14 mars 1928[1] qui affirme « que la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont portés au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable ». Dans le même sens : Paris, 6 novembre 1929[2], Req., 20 juin 1930[3]; Rennes, 6 avril 1933[4]; Lyon, 2 janvier 1939[5]; Trib. civ. de Valence, 28 février 1939[6].

Dans une autre série de décisions, c'est d'une manière implicite que les juges tiennent compte de cette condition en prononçant la dissolution du mariage. Dans ce sens, on peut citer une infinité de jugements et d'arrêts[7].

Toutefois, on ne peut affirmer que « pratiquement les tribunaux en ont toujours tenu compte, alors même qu'ils n'en parlaient point »[8], car on peut citer les décisions qui ont prononcé le divorce quoique les juges aient eu la conviction que la vie commune serait possible[9].

Dans la doctrine, on n'attache pas beaucoup d'importance à la condition de vie commune insupportable et quoiqu'elle fût mentionnée par certains auteurs, mais on n'a jamais insisté[10]. Tout récemment, un auteur dont nous avons déjà eu à coordonner certaines propositions, a fait

1. S., 1929.1.92.
2. *Gaz. Pal.*, 1929.2.872.
3. *Gaz. Pal.*, 1930.2.273.
4. S. 1933.2.212.
5. S. 1939.2.119.
6. D.H. 1939, 334.
7. Rennes, 6 janvier 1931 (S. 1931.2.84); Req., 27 juillet 1931 (S. 1931.1.390); Lyon, 25 mars 1931 (S. 1932.2.21); Trib. civ. de Bayonne, 25 janvier 1937 (S. 1937.2.36); Civ., 29 mars 1939 (S. 1939.1.206).
8. J. Carbonnier, *op. cit.*, dans *Rev. Trim.*, 1937, p. 292.
9. Cass. Belgique, 16 mai 1935 (S. 1936.4.29).
10. Demolombe, *op. cit.*, t. IV, p. 468. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 235.

rentrer cette condition dans sa théorie de la cause du divorce, en se basant sur l'arrêt précité de la Chambre civile du 14 mars 1928 (arrêt Ferrari). « Il résulte de l'arrêt Ferrari que deux éléments doivent être réunis pour la justification d'une demande en divorce : d'une part, l'impossibilité d'une vie commune tolérable ; de l'autre, un fait matériel, adultère, excès, sévices, injures graves ou condamnation »[1].

II. — Quoi qu'il en soit, cette condition fait aujourd'hui partie de la loi et il s'agit d'en déterminer la portée et la signification.

L'expression de vie conjugale n'est pas très heureuse. C'est l'adjectif *conjugale* qui est employé à tort. Il a une signification exclusivement juridique. Or dans cette partie de l'article 232, il s'agit justement de déterminer la signification juridique d'un terme, en ayant recours aux moyens empruntés à la vie réelle, de telle sorte que cet adjectif de contenu juridique peut être considéré comme une faute technique. La vie conjugale est la vie dans le mariage. Celui-ci ayant des contours tout à fait juridiques et strictement limités dans le temps, la vie conjugale n'est que la vie des deux ou de l'un des conjoints pendant la durée du mariage, sans autre détermination. Elle existe même en cas de séparation de corps. Or les juges peuvent la prononcer en se fondant sur l'article 232 du Code civil, ce qui revient à dire que tout en prononçant la séparation de corps, ils maintiennent la vie conjugale malgré l'impossibilité et l'intolérabilité de la vie commune. Ceci est donc une confusion commise par le législateur et aussi une inconséquence.

Au lieu d'avoir dit *vie conjugale*, il aurait mieux valu

1. J. CARBONNIER, *op. cit.*, dans *Revue trim.*, 1937, p. 302.

dire *vie commune*. C'est cette dernière expression que l'on rencontre dans les travaux préparatoires du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, dans la jurisprudence et aussi dans la législation étrangère[1]. C'est la vie commune qui doit être devenue intolérable, impossible ou insupportable. — Le mariage dans son état normal est l'union la plus complète de deux personnes qui puisse exister entre deux êtres. Elle se manifeste par une vie commune qui comprend la quasi-totalité des manifestations des époux. On peut diviser ces manifestations en plusieurs groupes : physiologiques, économiques, sociales, mondaines, sentimentales, intellectuelles ; autrement dit, la vie commune se réalise dans les rapports sexuels, dans l'unité du ménage, par la procréation, l'éducation des enfants, l'affection réciproque, dans l'unité de pensées, d'aspiration et d'idéal.

Mais la vie commune ne peut pas être entendue dans son sens le plus large. Ce qui est de l'essence du mariage, c'est la cohabitation et la vie dans un ménage des articles 212-214 du Code civil. Il est évident, que cette vie contient toute une série de nuances, de détails, mais leur expression objective et visible est justement le ménage commun, la vie sous le même toit et autour de la même table. Voilà donc ce que signifie l'expression légale de vie conjugale.

Il existe dans cette dernière condition un autre terme qui doit être précisé. C'est le mot *intolérable* qui se rapporte au maintien de la vie commune ; pour qu'un fait devienne cause de divorce, il faut, entre autres conditions qu'il rende intolérable le maintien de la vie commune. Quel est donc le sens exact de ce terme ?

1. Code civil suisse de 1907, article 142.

Tout d'abord, il s'agit de savoir pour qui la vie commune doit être rendue intolérable, c'est-à-dire à quel point de vue il faut se placer pour savoir que la vie commune est devenue intolérable.

Il est hors de doute que c'est le point de vue des époux et aucun autre qui entre en ligne de compte. Le mariage est une union de deux personnes qui, quoiqu'importante et intéressante pour la société, les concerne de près. Ce n'est qu'envers elles et à leur point de vue que la vie commune doit être jugée intolérable. La société ne peut exercer son contrôle sur le mariage qu'à travers la loi. Dans l'état où elle se trouve aujourd'hui, elle ne peut pas se transporter au sein même du mariage et exiger que celui-ci se façonne d'après ses besoins sans tenir compte des époux-mêmes. D'ailleurs, d'après la conception du divorce qui a trouvé son expression dans la loi de 1941, c'est la faute de l'un des époux ou des deux qui peut à elle seule, donner la possibilité de procéder à la dissolution du mariage. Ce qui revient à dire que le divorce est, aux yeux du législateur, une affaire qui ne regarde avant tout que les époux. Ce sont eux qui serviront de point d'appui dans la détermination du terme intolérable.

Sur le point de savoir pour lequel des époux la vie commune doit devenir intolérable, la réponse est également nette : à l'époux demandeur, ce qui vaut pour tous deux s'ils demandent respectivement le divorce. En effet, personne d'autre n'est maître de l'action en divorce. Leur vie commune peut être un enfer ; si aucun d'eux ne demande le divorce, le mariage subsistera et personne ne peut déclancher une procédure de divorce. Mais une fois une demande en divorce intentée, vu que la faute seule peut servir de base de divorce, les juges n'étant

pas les maîtres du procès, le seul point de vue qu'ils puissent accepter est celui de la partie demanderesse, supposée innocente et restée telle pendant tout le procès, si l'autre partie ne présente pas de son côté une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps.

Mais que sigifie ce mot *intolérable* ? Quel aspect prend une vie commune qui est intolérable à l'un des époux ou à tous deux ? Quel est le degré de souffrance de l'époux innocent et le degré de culpabilité de l'époux coupable ?

La réponse à ces questions n'est ni simple, ni facile [1]. Ce que l'on peut dire avant tout, c'est que les juges auront à exercer leur pouvoir d'appréciation sur ce point. Pour être fixé, il faudrait avoir une jurisprudence longue et cristallisée, ce qui prend du temps. Il est à prévoir qu'elle ne sera pas uniforme.

Néanmoins, il est possible de donner quelques indications basées sur la logique et l'expérience de la jurisprudence étrangère et celle de la jurisprudence française même.

L'époux demandeur, étant maître de déclancher ou de ne pas déclancher la procédure du divorce, n'est plus maître de l'action et moins encore de sa solution. Quoique les torts qui lui sont causés et les souffrances qui lui sont infligées et qu'il endure servent d'objet d'examen aux juges, cela ne veut pas dire qu'il n'y ait aucune mesure objective à appliquer dans la détermination de la gravité de l'état maladif du mariage et du caractère intolérable de la vie commune. Les juges ne peuvent se fonder exclusivement sur les sentiments de l'époux demandeur et sur son appréciation subjective pour décider de la

1. Voir *supra*, § 4 du chap. Ier sur l'élément psychologique de la notion de cause de divorce.

possibilité ou de l'impossibilité d'une vie commune tolérable. Accepter une telle attitude, serait remettre le sort du mariage entre les main des époux et permettre le divorce dans les cas d'incompatibilité d'humeur et de répudiation unilatérale.

Il faut que la vie commune devienne humainement et raisonnablement [1] intolérable. Les juges apprécieront ce détail souverainement en prenant en considération, comme toujours en pareille occurence, d'après leurs conceptions sociales et le degré de leur intuition, le milieu social, l'éducation des époux, leur âge, l'existence d'enfants et toutes les autres circonstances qui leur sembleront efficientes [2].

Mais les juges demanderont aussi à ce que l'on fasse la preuve de l'impossibilité. Comme nous l'avons dit [3], elle est visible, observable, partant capable de preuve. Elle se manifeste par une série d'actes, de petits détails ainsi que dans une atmosphère générale, un climat affectif qui règne aussi au foyer. La preuve de toutes ces particularités n'est pas possible de la même façon et avec la même force, mais la possibilité de compréhension et d'appréciation de la part des juges peuvent suppléer à l'impossibilité ou à la difficulté de preuve. C'est un champ-limite où l'organisation de la preuve est impossible et où les règles standard sont seules indiquées.

Il va sans dire que tout dépend du fait matériel invoqué comme noyau de la cause. Un abondon du domicile conjugal et la séparation de fait des époux aura des conséquences différenes de celle d'un mutisme pro-

1. Vizioz, *op. cit.*, n° 10. — J. Carbonnier, *op. cit.*, dans D.C. 1941, L. 64, col. III.
2. Voir *supra*, p. 95 et suiv.
3. Voir *supra*, p. 65 et suiv. et p. 80 et suiv.

longé, comme celles d'une injure verbale diffèreront de celles d'un adultère. La variété des faits invoqués entraînera forcément la variété des conséquences et l'aspect des différents cas de la vie commune impossible et de son maintien intolérable. Tout est laissé dans ces cas aux juges, non pas à leur inertie et à leur passivité, mais à leur initiative et à leur consciente bonne volonté. La procédure du divorce est arrangée de façon à permettre aux juges de se renseigner complètement sur les éléments psychologique de la vie commune[1] et d'étudier soigneusement la cause dans tous les sens.

Il convient de noter que la question de la vie commune intolérable est très compliquée dans ses détails. Nous n'indiquerons ici que quelques aspects de la question.

L'époux offensé est maître de déclancher la procédure. Par sa demande, qui lui confère la qualité de demandeur, il détermine les juges à le considérer comme innocent (sauf la possibilité pour l'autre époux de faire de même) et oriente ainsi l'enquête dans un sens. Ce ne sont que les faits imputables à l'époux défendeur qui doivent être examinés par les juges comme des faits-causes de l'impossibilité de la vie commune. Or la question de causalité est une des plus compliquées.

Une atmosphère infernale au foyer a pu avoir son point de départ dans un fait révélé par la demande en divorce. Mais elle est devenue insupportable aussi grâce aux faits qui proviennent de l'époux demandeur. Demêler la part de chacun et voir clairement dans une situation si touffue et riche de rapports, n'est pas très facile et cela

1. La publicité des débats est supprimée (art. 239, al. 4 du Code civil) ; la cause est débattue en chambre de conseil (art. 239, al, 1er et 248, al. 3) ; elle n'est plus considérée comme urgente (art.248, al. 3), etc...

porte à penser que la jurisprudence n'entreprendra pas ce travail et qu'elle se laissera mener dans une voie plus simple qui exigera moins d'effort, qui permettra d'être plus expéditif.

La réussite de la réforme sur ce point, dépendra de l'attitude de la Cour de Cassation. Celle-ci ne peut contrôler la qualification des faits effectués par les juges du fond, mais elle peut fixer les étapes de cette qualification et en exiger l'observation. Elle peut par exemple tout d'abord, exiger que les juges du fond examinent cette condition de vie commune intolérable. Elle peut demander à ce que l'arrêt qui lui est soumis fasse état des conséquences matérielles et psychiques qui ont suivi le ou les faits matériels exprimés et invoqués comme fondement de la demande en divorce. Elle peut surtout exiger l'établissement des liens de causalité entre ces faits et leurs conséquences. Elles peut exiger la preuve de certains détails choisis parmi les conséquences, leur limitation dans ce temps, leurs rapports avec la possibilité du maintien de la vie commune.

Ce qui peut encore être exigé par la Cour de Cassation, c'est que cet élément de l'impossibilité du maintien de la vie commune soit aussi exigé pour les autres faits énumérés dans les articles 229-231 du Code civil. Cette exigence sera surtout fondée si la notion de cause péremptoire est soumise à révision [1].

***

Nous pouvons tirer une conclusion sur ces deux chapitres, en énonçant la notion générale et théorique, la

1. Voir *infra*, p. 130 et suiv.

notion statique et en quelque sorte phénoménologique de cause de divorce ou de séparation de corps, dans les termes suivants : *est cause de divorce un fait répréhensible qui revêt n'importe quelle forme d'expression, émanant de l'un des époux, pendant la durée du mariage ; celui-ci agissant en pleine conscience et avec la volonté de nuire ou même avec une grande négligence ; de telle sorte que par la gravité de son fait, l'autre époux subit un préjudice moral susceptible de rendre le maintien de la vie commune humainement, raisonnablement et socialement intolérable.*

CHAPITRE III

MODALITÉS DE LA NOTION DE CAUSE DE DIVORCE

§ 1. — Causes déterminées et causes indéterminées

Le principe d'indissolubilité du mariage tend à exclure l'institution du divorce ; s'il y a lieu de l'admettre, la concession n'est faite qu'au profit de cas bien déterminés. Le divorce n'existe que pour des causes déterminées la plupart du temps par le législateur lui-même. Les exemples ne manquent pas dans la législation comparée.

Mais sous l'influence des faits sociaux et surtout de la diversité des causes qui entament l'institution sociale du mariage, le législateur peut souvent choisir une autre voie pour l'organisation juridique du divorce. Il édicte une règle standard par laquelle il définit les conditions générales de chaque cause de divorce et il laisse aux juges le soin de déterminer les faits concrets qui pourront être admis dans le concept général de cause. Dans ce cas, le divorce existe pour des causes indéterminées.

On connaît, le régime français d'avant la réforme de 1941. Pour toute une foule de raisons variées, une fissure purement technique dans l'ancien article 231 du

Code civil a permis une évolution du régime du divorce pour les causes déterminées dans le sens du régime des causes indéterminées. Au point de départ le législateur a cru devoir suffisamment déterminer toutes les causes, même celles qui l'ont trahi par la suite. Au point où l'évolution a été entravée par l'intervention du législateur, celui-ci s'est exprimé ainsi sur la loi du 27 juillet 1884, et partant sur le Code civil lui-même : « La loi Naquet par l'incertitude de ses termes laissait la porte trop largement ouverte à l'indulgence des tribunaux. Elle avait voulu instituer le divorce pour cause déterminée. Elle avait permis le divorce par consentement mutuel... »[1].

C'est l'injure qui a permis cette évolution. Le législateur n'a pas précisé son sens, l'interprétation, guidée par le sens étymologique et traditionnel, sous la pression des facteurs sociaux influents a fini par comprendre par le mot *injure* « les froissements les plus subtils de la sensibilité morale d'un conjoint »[2].

Pour caractériser l'état du droit positif français d'avant la réforme de 1941, on peut dire qu'il existait deux causes déterminées (adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante) et une cause indéterminée qui avait, comme disposition-standard, à peu près les limites suivantes : un fait positif ou négatif matériel ou consistant en paroles orales ou écrites, rattachables à l'un des époux et dirigé contre l'autre, même par les voies médiates et détournées. Ces limites étaient posées par les juges du fond et sans contrôle de la Cour de Cassa-

1. Allocution précitée de M. le Garde des Sceaux dans D.C., 1941, L. 61, n. 1.
2. GÉNY, *Science et technique*, t. III, p. 379.

tion, ce qui veut dire qu'elles étaient aussi imprécises et mobiles que possibles.

I. — Parmi les faits matériels qui pouvaient devenir cause de divorce avant la réforme de 1941, il y en avait deux : l'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante, qui étaient bien déterminés. Ces faits, étant le noyau de la cause de divorce, contenaient le plus souvent en eux, tous les autres éléments de cause de divorce. Ainsi l'élément de mariage existant est impliqué dans la notion même des deux faits : l'adultère n'existe que si le mariage existe et si l'un des époux pratique des relations sexuelles en dehors du mariage ; pour la condamnation criminelle cet élément est l'hypothèse même de son existence. — L'élément intentionnel est également impliqué. L'adultère menaçant si directement les fins du mariage et violant si radicalement les devoirs et obligations envers l'autre conjoint, ne peut pas se concevoir dans notre état de civilisation, sans une volonté de nuire si l'on peut imputer l'adultère à son auteur. En ce qui concerne la condamnation à une peine afflictive et infamante, le préjudice subi par l'époux innocent est tellement grave qu'il équivaut à l'élément intentionnel de l'époux condamné. — L'élément personnel de ces deux faits est également impliqué dans leurs notions.

L'élément quantitatif de gravité, le seul exigible avant la réforme était présent dans les deux faits et c'est précisément lui qui a décidé le législateur à en parler dans une catégorie à part et à les fixer comme causes de divorce, en des termes plus ou moins impératifs. Le mot d'adultère signifie la violation de presque tous les devoirs et obligations résultant du mariage : c'est un attentat contre le mariage, contre ce qu'il y a

de plus essentiel, de plus personnel dans cette union de deux êtres. Comment donc ne pas voir dans l'adultère, cet élément de gravité. — En ce qui concerne la condamnation à une peine afflictive et infamante, cet élément s'impose par la conception du dommage moral subi par l'époux innocent, la conception non pas de celui-ci mais du milieu social : en faisant de ce fait une cause de divorce séparée et déterminée le législateur n'a fait que traduire cette conception du milieu.

Ainsi, après cette courte analyse, apparaissent les raisons qu'a eues le législateur de proclamer ces faits, causes de divorce déterminées. Ces mêmes raisons ont également décidé la jurisprudence à les proclamer péremptoires. Il n'y avait pas de difficultés dans leur application, pas d'hésitation sur leur qualification juridique.

Il en était presque de même pour les excès-sévices. Quoique leur notion fût moins précise [1], on était d'accord sur le fait qu'ils signifient les mauvais traitements matériels que l'un des époux subit du fait de l'autre. Mais justement ces mauvais traitements pouvant aller d'une chiquenaude aux coups mortels, avaient pour conséquence que ce fait matériel n'était pas uniforme, partant indéterminé. En partant ainsi de ce noyau et en mettant de côté les éléments de mariage existant et de caractère personnel du fait matériel, on arrive à ce que non seulement l'élément quantitatif de gravité peut varier, mais aussi l'élément intentionnel. Il est clair qu'une giffle n'est pas aussi grave qu'un attentat à la vie et que le premier fait ne peut causer un préjudice moral aussi

1. On n'était pas d'accord encore vers la fin du XIX^e siècle, sur la signification des termes *excès* d'une part et *sévices*, d'autre part.

important que le second. Mais c'est surtout l'élément intentionnel qui présente des variantes. Ainsi, même si l'on admet la plus complète imputabilité d'un fait à l'un des époux, la volonté de nuire peut manquer, complètement ou en partie. Le mari ne transgresse pas ses droits en exigeant l'accomplissement des rapports sexuels avec sa femme dont la conformation des organes provoque des complications d'ordre physique. On ne peut pas dire que le mari les a provoqués et cependant le divorce a été prononcé dans des circonstances de ce genre[1].

Mais malgré toutes ces objections on peut dire que les excès-sévices, étaient avant la réforme une cause déterminée. Si l'injure en tant que cause complètement indéterminée n'existait pas, les excès-sévices auraient certainement connu une autre évolution. Mais à côté de l'injure, le besoin ne s'est pas fait sentir, car toute la pression de la réalité sociale s'était écoulée par le canal de l'injure.

Mais c'est l'injure qui a dessiné une évolution très caractéristique : en partant d'une conception déterminée par la loi et en aboutissant à une autre complètement indéterminée par la jurisprudence. Cette évolution c'est toute l'histoire du divorce en France. On en a souvent parlé et elle est bien connue. Nous ne ferons que passer en revue ses caractéristiques d'après les éléments de la notion du divorce.

Tout d'abord en ce qui concerne le fait matériel : rien de précis, rien de déterminé. Un fait quelconque pouvait servir de fondement à une demande en divorce et finalement devenir cause de divorce. Que l'on pense à ce spec-

1. Poitiers, 3 décembre 1894 (D. 1895.2.64).

tre de paroles injurieuses, de petits faits, de détails ridicules et insignifiants qui étaient invoqués comme fondement d'une demande en divorce. Déjà, cette riche variété permet d'appeler l'injure une cause indéterminée. Mais elle n'est pas complète si l'on s'en tient à l'examen des faits matériels qui ont été compris sous sa dénomination.

L'élément de mariage existant n'a pas été observé non plus. On invoquait les faits divers de l'époque prénuptiale et on s'efforçait de leur donner une interprétation qui pouvait les mettre en rapport avec le mariage qu'il s'agissait de dissoudre.

Ces faits n'avaient pas toujours l'élément personnel. Souvent, ils ne touchaient que très indirectement au mariage et à ce cercle personnel dont nous parlions, cette base élémentaire, cette essence de l'institution. Il s'agissait de disputes avec les parents ou les beaux-parents ; de mauvaise administration des biens de l'un des époux par l'autre ; de futilités comme la tenue ou les rapports d'amitié d'un des époux etc.. Mais on trouvait le moyen d'expliquer que ce sont justement ces faits qui visaient le mariage.

Très souvent l'élément intentionnel n'existait pas du tout. Les époux l'imaginaient, en convenaient, l'avouaient devant les juges ; ceux-ci ne le vérifiaient pas, ou, si l'accord entre les époux n'existait pas, le faisaient remplacer par le préjudice moral subi par l'époux demandeur et encore sans procéder à une vérification ; ils arrivaient ainsi à proclamer la dissolution du mariage. Rien sur ce plan n'était déterminé : ni par le législateur ni par la Cour suprême : la cause qui était appelée injure était donc indéterminée, fortement indéterminée.

Déterminer l'élément quantitatif de gravité était le moindre souci des juges : il était toujours apprécié, jamais contrôlé. Cette appréciation était facilitée par un courant idéologique, par un climat politique et moral qui enveloppaient les juges, les entraînaient et les forçaient. L'injure était donc une notion de cause de divorce qui n'avaient rien de déterminé : aucun de ses éléments n'était fixé, contrôlé, uniforme.

II. — Quel sera le sort des causes après la loi du 2 avril 1941 ?

Le législateur a exprimé le vœu que les choses du passé ne se répètent pas[1]. Mais il était conscient d'admettre le divorce pour cause indéterminée. La réforme de 1941 n'est qu'un épisode marquant mais non pas révolutionnaire dans l'histoire du divorce en France. La loi de 1941 n'est que la sanction législative de cette histoire. Désormais la loi reconnaît qu'il existe une cause indéterminée, générale et abstraite et elle en pose les limites plus précises et plus serrées. Mais ces limites sont d'autant plus sérieuses et seront d'autant plus efficaces dans leur modestie que la loi les a tirées de l'expérience jurisprudentielle. La règle standard subsiste dans son essence comme avant la réforme, mais les directives se trouvent précisées.

Les deux groupes de faits, l'adultère (art. 229 et 230 du C. civ.) et la condamnation à une peine afflictive et infamante (art, 231), n'ayant subi aucun changement du fait de la réforme restent les mêmes. Mais la notion de cause de divorce était changée, on peut s'attendre à ce que les faits, subissent certaines modifications dans

1. Allocution radiodiffusée du Garde des Sceaux, rapportée dans D.C. 1941, L. 61, n° 1, col. III.

leur élévation envers la cause de divorce. Avant la réforme, les faits matériels impliquaient tous les autres éléments. Aujourd'hui les juges peuvent être plus exigeants, surtout en ce qui concerne les éléments constitutifs. Certes trois d'entre eux restent tels qu'ils étaient auparavant. Mais l'élément intentionnel de l'adultère peut être rigoureusement exigé. L'imputabilité et surtout la volonté de nuire peuvent être considérés aujourd'hui comme conditions essentielles pour qu'un fait d'adultère puisse devenir cause de divorce. En outre, si la notion de cause péremptoire ne se fixe dans le sens de présomption que pour les éléments quantitatifs aucun doute ne sera possible sur l'exigence de l'élément intentionnel. — Mais il est impossible d'exiger le même élément pour le fait de l'article 231 du Code civil.

De l'attitude de la jurisprudence sur la distinction des causes péremptoires et facultatives dépend l'application des deux conditions quantitatives sur les faits des articles 229-231 du Code civil. Si cette distinction n'est pas faite, on peut même imaginer que la vie commune puisse être possible, après l'appréciation de l'un de ces faits. Avant 1884, l'adultère du mari, n'entraînait-il pas l'application de la condition de gravité ? Mais il est peu probable, vu que le législateur a sanctionné cette distinction, que le droit positif actuel arrive à exiger les deux éléments quantitatifs pour les faits en question afin de les proclamer cause de divorce.

La notion d'excès-sévices, étant plus précise, se présente comme une transition des causes déterminées vers la cause indéterminée. Se prêtant moins à l'extension des praticiens quoique susceptible d'élargissement, la notion d'excès-sévice ne sera employée que dans les cas

incontestablement identiques à ceux que le législateur avait à l'esprit lors de son élaboration. Ce désintéressement des praticiens et la négligence de cette notion seront conditionnées comme avant la réforme par la nature même de l'injure qui offre toujours une tendance surprenante à ce genre d'exploitation. Le fait matériel, restant malgré tout assez indéterminé, il y a possibilité de fluctuation. Mais comme les autres éléments sont exigés par la loi, il est presque certain que la jurisprudence les exigera également. Il s'ensuit que les excès-sévices seront dans le droit positif actuel plus déterminés qu'avant la réforme.

La notion d'injure se rapproche, par son étendue, du type de la cause indéterminée. La liste des faits susceptibles d'être englobés par cette notion est plus grande et quasi-interminable. Mais il ne faut pas oublier que théoriquement elle est limitée et que n'importe quel fait qui réunirait tous les autres éléments de cause de divorce ne peut pas y être compris. L'injure si large et si relâchée qu'elle soit a ses limites et l'expression *injure-multitude de faits* n'égale pas l'expression *n'importe quel fait.*

Ces considérations théoriques n'ont cependant qu'une faible portée pratique. C'est que la Cour de Cassation peut exercer son contrôle en exigeant que tout fait appelé injure soit une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. De sa conception des termes *devoirs* et *obligations* dépendra la liste des faits qui pourront servir de fondement à la demande en divorce. Rien n'empêche qu'elle soit aussi longue qu'avant la réforme.

En ce qui concerne l'élément psychologique, il est souhaitable qu'il soit exigé par la jurisprudence parce que la loi l'admet et que le législateur le désire. En exi-

geant l'imputation, elle n'apportera aucune innovation. En ce qui concerne la volonté de nuire, beaucoup de faits, qui auparavant, auraient pu devenir cause de divorce se trouveront éliminés. Ainsi on arrivera à une notion d'injure-fait matériel qui se rapprochera de la notion de l'injure du droit pénal en ce sens que le caractère injurieux lui sera attribué non pas par l'époux victime mais par l'époux-auteur du fait ainsi qualitifé.

L'élément de mariage restant également exigible dans le droit positif actuel délimitera plus encore cette cause indéterminée qu'est l'injure. Il éliminera la possibilité de miner le mariage pour des raisons qui lui sont presque complètement étrangères. En dehors des cas où la nullité est possible, le mariage acquerra la stabilité qui lui est si nécessaire à ses débuts.

L'exigence de l'élément personnel donnera à l'institution du divorce sa véritable portée de sanction contre les défaillances des époux, contre les violations qui entament la base même du mariage, son essence personnelle. On ne doit pas faire du divorce la sanction des disputes d'un des époux avec ses beau-parents ou les fautes du mari contre la dot de sa femme. L'application de l'élément personnel déterminera plus encore la cause indéterminée d'injure en excluant une quantité de faits de la liste de ceux qui peuvent être élevés au grade de cause de divorce.

En revisant ses exigences à propos des éléments constitutifs de la notion de cause, la jurisprudence procédera à un revirement, qui tout en étant sur la même ligne qu'avant la réforme, changera l'évolution de l'institution de divorce dans le sens désiré par le législateur de 1941, en resserrant sa base et renforcera ainsi l'autorité

du mariage, but final de ses préoccupations. Ainsi la jurisprudence s'acquittera de sa fonction sociale, à savoir la réalisation d'une idée voulue par le législateur dans le domaine social. Il ne lui est pas demandé de se prononcer sur l'opportunité de cette idée. La réalité montrera quelles sont les possibilités de réalisation et quelle est sa propre force, ainsi que les forces qui s'opposeront à elle.

Mais les points où la jurisprudence doit changer son attitude (du moins si elle veut obéir aux indications de la loi, ce qui dépendra en dernier lieu de la Cour de Cassation), ce sont ceux qui touchent aux éléments quantitatifs, celui de la gravité et celui de l'impossibilité d'une vie commune. Ce sont eux qui doivent être l'entrave qui contiendra et maîtrisera le fleuve irrésistible de coutours indéterminés de cette masse de faits compris par l'injure. Ils sont le critère le plus puissant dont la jurisprudence puisse se servir pour effectuer une détermination nécessaire de l'injure, cause de divorce.

Ainsi la gravité du fait matériel invoqué doit être exigée d'après le critère emprunté au milieu social des époux. Les juges ne peuvent pas être plus sévères, ni plus indulgents que la société. Si un fait est grave dans la conception du milieu, il sera admis comme cause de divorce à la condition, bien entendu, de satisfaire aux autres éléments de la notion de cause. On arrivera très vite, ainsi à une liste de faits déterminés, sans qu'elle soit toutefois définitivement close pour tous les autres faits. La cause indéterminée deviendra avec le temps une cause déterminée. La longueur de cette liste montrera dans quelle mesure la réforme de 1941 a réussi et dans quelle mesure aussi, la réalité sociale s'y oppose.

Le deuxième élément quantitatif n'est pas moins

important. Le premier s'applique aux faits matériel, partant, il juge l'auteur du fait par un critère social ; le deuxième s'applique au préjudice moral subi et il s'applique à l'époux demandeur, toujours en se servant d'un critère social. La vie commune intolérable permet de contrôler l'époux demandeur qui souvent, n'est pas moins responsable de la dissolution du mariage. Avant la réforme, cet époux n'était contrôlé que si l'autre se portait demandeur reconventionnellement. Toutefois le contrôle dans ce dernier cas, était à la disposition non pas des juges, mais de l'époux demandeur reconventionnel, ce qui est une conséquence du principe de contradiction en procédure. — Aujourd'hui ce contrôle découle du principe inquisitoire que les juges appliquent *de officio*, car c'est la loi qui dispose et non les parties. Encore une fois, si la jurisprudence le veut, l'application de cet élément aura comme conséquence une détermination considérable de l'injure, parce que le côté qui tient à l'époux demandeur cessera d'être purement subjectif et incontrôlable et deviendra objectif, observable, susceptible de preuve et socialement mesurable.

L'injure-fait matériel théoriquement à peine déterminée, et en effet indéterminée, traversant tout le long de la procédure du divorce le chemin de la demande vers la dissolution est retouchée, subit des déterminations, se canalise et se précise par les soins des juges et d'après les dessins de la loi, avant de devenir injure-cause de divorce. Si cette détermination réussit, comme les possibilités légales le permettent, le but de la loi sera atteint et la société ne perdra quand même pas la possibilité d'obtenir la dissolution d'un mariage dont le maintien, d'après ses critères, n'est pas désirable.

En conclusion, l'on peut dire que le système français des causes de divorce en contient une qui est indéterminée et qui s'identifie par ses éléments à la notion abstraite de la cause ; elle englobe par conséquent toutes les autres causes dans une systématisation eu peu forcée. Celles-ci ne présentent que les degrés plus ou moins déterminés de la cause abstraite, générale et indéterminée.

§ 2. — Causes péremptoires et causes facultatives

I. — Certaines dispositions du Code civil concernant les causes de divorce ont été primitivement bien précisées afin que leur application par la jurisprudence ne demande aucune appréciation de la part des juges du fond. Dans le texte du Code, avant la loi de 1884, cette catégorie de causes bien déterminées comprenait l'adultere de la femme (art. 229) et la condamnation (art. 232). Aucune détermination en dehors du texte légal n'était nécessaire ; le divorce était presqu'automatiquement prononcé dans ces cas-là. Les autres causes requièrent de la part des juges une interprétation plus ou moins active, où les déterminations s'effectuaient au moyen de critères dont les juges tenaient la clé. — Ces deux mécanismes fonctionnaient de par leur constitution interne sans que l'on eût l'idée de dresser une séparation théorique entre eux.

Mais la loi du 27 juillet 1884 en rétablissant le divorce a effectué une réforme concernant l'adultère du mari qui constitue une cause de divorce même s'il n'entretient pas de concubine dans la maison commune. Avant cette

innovation, les juges disposaient d'un pouvoir d'appréciation de ce fait, dont ils n'usaient pas en ce qui concerne l'adultere de la femme. Pour que la nouvelle mesure devienne pleinement efficace et égale à celle appliquée envers la femme, la jurisprudence s'est mise, en quelque sorte à réagir, à nier la possibilité d'aucune appréciation pour les deux cas. Ainsi les tribunaux sont arrivés à accepter le terme de causes péremptoires que la loi n'a jamais employé, mais qui a été tout de même employé, pour la première fois, dans les rapports à la Chambre et au Sénat qui accompagnaient le projet de la loi de 1884[1]. Accepté par les auteurs qui font autorité[2], il se fortifiait de plus en plus, de telle sorte qu'il est devenu classique et dogmatique. Quoique critiqué par certains auteurs[3] dont il ne supportait pas une analyse plus approfondie, il persistait à se maintenir, était donné que dans la pratique jurisprudentielle aucun cas ne se présentait qui aurait pu démontrer son incohérence.

Ainsi s'est établi dans le droit positif français, cette distinction entre causes péremptoires et causes facultatives dont le critère consistait dans l'impossibilité ou la possibilité d'une appréciation de la part des juges du fond, de la gravité du fait invoqué comme cause de divorce. L'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante sont considérés comme des faits suffisamment graves pour être proclamés cause de divorce dès que leur matérialité est établie.

On ne s'est pas demandé dans la jurisprudence s'il

1. Cf. RODIÈRE, *La notion de cause péremptoire en matière de divorce*, dans *Sem. Jur.*, 1937, Doctr. 12, n° III, n. 1.
2. Tels que BAUDRY-LACANTINERIE, *Comm. de la loi du 27 juillet 1884*, n° 35.
3. Surtout PIÉRARD, *Divorce et séparation de corps*, t. I, n° 94 et suiv.

fallait établir tous les éléments de la cause (mariage existant, fait accompli, caractère personnel du fait — ce qui est impliqué dans la définition de l'adultère de la condamnation, — volonté de nuire) ou bien si le fait suffisait à lui tout seul. Il est vrai que l'on aurait pu parler d'une présomption d'après laquelle le fait d'adultère ou de condamnation contiendrait la volonté de nuire de la part de l'époux adultère ou condamné envers son conjoint. Mais la pratique viendra démontrer ce que la logique permettait depuis longtemps de construire, à savoir que les cas sont possibles surtout en ce qui concerne l'adultère ou l'auteur du fait est de bonne foi. Donc, pour persister dans l'idée de présomption, il fallait la proclamer *juris et de jure*, ce qui n'est pas contenu dans le texte légal et qui est incompatible avec le divorce-sanction, c'est-à-dire le divorce par la faute de l'un des époux.

II. — La Cour de Cassation a eu à se prononcer sur la question en 1936. Un musulman d'Algérie s'est marié à une musulmane indigène devant l'officier de l'état civil français. Séparés de fait, par l'abandon du mari, la femme est allée vivre avec un autre indigène qu'elle a épousé selon le rite musulman. Voulant être déliée de son premier lien conjugal, elle a demandé le divorce : la Cour d'appel d'Alger le lui a accordé en écartant la défense du mari, basé sur l'adultère de la femme que celle-ci a commis de bonne foi étant donné qu'elle avait pu se considérer comme répudiée, « sans intention coupable indispensable pour l'existence du délit d'adultère », — La Chambre civile a dit [1] « que l'adultère est une cause péremptoire de divorce ; que le juge ne saurait, dès lors,

1. Civ., 24 janvier 1936, (D. 1937.1.15).

lorsque l'adultère est matériellement établi, se refuser à prononcer le divorce, en usant, en raison des circonstances dans lesquelles cet adultère a été commis, d'un pouvoir d'appréciation que la loi ne lui donne pas ; ... attendu qu'à tort, la Cour a refusé de retenir comme cause de divorce l'adultère dont elle reconnaissait l'existence, en faisant état d'un prétendu défaut d'intention coupable, lequel était sans influence, au point de vue de la loi civile, sur les conséquences de l'acte illégal commis par la femme... casse » ... — Cette décision a soulevé les critiques de tous côtés[1].

D'après la Cour de Cassation, la notion de cause péremptoire signifie que le fait même d'adultère une fois établi, le divorce s'impose sans que les juges recherchent si tous les éléments essentiels, constitutifs d'une cause de divorce sont réunis : le fait matériel suffit, l'intention coupable est sans influence. En ce qui concerne la gravité du fait, elle est de présomption irréfragable.

Une telle notion ne concorde pas du tout avec l'ensemble de l'institution. Et cela pour plusieurs raisons :

1° la notion de faute étant exclue, l'institution toute entière se trouve ébranlée dans sa base même ; en outre le fait matériel ayant été dépourvu du contenu psychique l'institution se trouve privée du fond humain dont le droit doit tenir compte : or il est absurde qu'en cette matière, on le méconnaisse ;

2° non seulement, il n'est pas exact que la loi interdise aux juges toute appréciation en ce qui concerne les causes dites péremptoires, mais elle les invite au contraire à le faire : c'est le cas de l'article 244 du Code civil qui

1. Note anonyme dans D. 1937.1.15 ; — Rodière, *op. cit* ; — G. Lagarde, dans *Rev. trim.*, 1936, p. 453 et suiv.

admet la réconciliation comme fin de non-recevoir en cas de réconciliation, à quoi il faut ajouter le cas de connivence préconisé par la jurisprudence[1] et celui de la réciprocité des condamnations criminelles des époux soutenu par les auteurs[2];

3° l'appréciation et l'interprétation sont des notions qui vont souvent de pair, mais il y a entre elles une différence considérable. Interpréter c'est appliquer une règle juridique édictée par le législateur aux faits réels de la vie sociale ; c'est faire ressortir les conditions exigées par la loi et dire si les faits les satisfont. Interpréter, c'est agir le plus souvent passivement comme agent de la volonté du législateur. — Apprécier, pour le juge, c'est sortir de cette passivité et en prenant le critère dans leur propre morale, et leur propre raison, décider librement dans les limites désignées, sans avoir à consulter la volonté du législateur, la tradition jurisprudentielle, l'attitude de la Cour de Cassation, l'usage. Apprécier, c'est poser son propre principe comme critère là où la technique juridique n'est pas arrivée à saisir la réalité pour une raison quelconque. — Or, si la cause théorique de divorce contient tel nombre d'éléments et si les juges examinent si tel fait, qui leur est soumis, les contient tous, ils ne font qu'interpréter, c'est-à-dire qu'ils se cantonnent dans leur fonction primitive consistant à appliquer la loi. Or la notion de cause de divorce comporte quatre éléments : l'adultère, fait matériel n'est que l'un de ces éléments et il reste aux juges à voir par un examen détaillé du cas, s'il réunit tout les autres. Si les deux, à savoir le mariage existant et le caractère personnel du

1. Paris, 18 juillet 1893 (D. 1893.2.471).
2. PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, n° 540 et n. 2.

fait, se trouvent impliqués dans le premier, il n'en est pas de même pour le troisième, à savoir la volonté de nuire : il peut facilement faire défaut et alors la cause de divorce n'est pas pleinement constituée, l'adultère fait matériel ne deviendra pas adultère-cause de divorce. — Retirer aux juges cette possibilité d'application de la loi, partant de son interprétation en formant les notions techniques plus ou moins artificielles, signifie mal comprendre la fonction du juge et du droit. Or la notion de cause péremptoire est une de ces notions artificielles et complètement inutiles car elle ne sert qu'à gêner les juges dans leur fonction ;

4° du point de vue social, le fonctionnement mécanique de l'adultère comme cause de divorce n'est pas souhaitable, car le fait seul, privé de son accompagnement psychique ne forme pas toujours un obstacle à la continuation de la vie commune.

Déjà, en 1937, la Cour d'Angers a émis une décision opposée décidant dans un cas d'adultère de la femme, survenu d'après le jugement du tribunal, mais avant l'expiration du délai d'appel, « que l'adultère ne peut servir de base à une demande en divorce que s'il est le fait d'un conjoint ayant l'intention coupable de se soustraire au devoir de fidélité ; que cette intention coupable » est « l'élément juridique essentiel de l'adultère en tant que cause du divorce »[1]. — Cet arrêt est venu ainsi contrecarrer l'arrêt du 29 janvier 1936 de la Chambre civile sur les deux points suivants : celui du pouvoir des juges du fond d'analyser le texte légal et d'en appliquer les conditions à un cas concret ; et celui de l'effet opérant de l'intention coupable, c'est-à-dire de la faute. —

1. Angers, 10 mai 1937 (D. 1938.2.55 et note J. Carbonnier).

Cet arrêt souleva des critiques[1] et des approbations[2]. La critique portait non pas sur les deux points qui sont en contradiction avec l'arrêt de la Chambre divile, mais sur l'*ignorantia legis* : la bonne foi de l'époux adultère ressort de son ignorance du droit. Or, dit la critique, là où le mariage putatif fait défaut, où il n'y a que de simples relations d'amants, l'ignorance du droit ne joue plus en faveur des amants pour établir leur bonne foi.

Ce qui se dégage de toute cette discussion, c'est que l'interprétation des textes de la part des juges est indispensable et que la notion de cause péremptoire n'est pas fixée étant donné les fluctuations que nous venons d'exposer.

Le même arrêt a été cassé par la Chambre civile dans un arrêt du 1er mai 1939[3] qui réaffirme que « l'adultère étant une cause péremptoire de divorce, celui-ci doit être prononcé dès que l'adultère est établi » et que la bonne foi tirée de l'ignorance du droit n'est pas opérante. Cette fois la Chambre civile n'est pas si catégorique dans son affirmation que le divorce doit être prononcé dès que l'adultère est établi, car elle admet, semble-t-il, la possibilité que la bonne foi, *autre* que celle basée sur l'ignorance du droit, empêche de prononcer automatiquement le divorce[4]. Mais cette solution n'est qu'impliquée. La Cour de Cassation ne s'est pas encore directement prononcée sur la question.

III. — Aujourd'hui le danger d'une inégalité entre le mari et la femme en ce qui concerne leur adultère,

1. G. Lagarde, *Revue trim.*, 1937, p. 595.
2. J. Carbonnier, note dans D. 1938.2.55 ; — R.D. note dans *Sem. Jur.*, 1937, 406.
3. S. 1939.1.227 ; D.C. 1941, J. 56 et la note signée J.C. (J. Carbonnier).
4. Voir la note précitée dans D.C. 1941, J. 56.

n'existe plus. Au contraire, il y a un autre danger résultant de la dissolution automatique du mariage. Alors une notion qui s'explique facilement par l'histoire et qui avait sa raison d'être pendant la période transitoire de la loi du 27 juillet 1884, sans toutefois être arrivé à une cristallisation nette et une délimitation rationnelle, aurait pu, aujourd'hui, être purement et simplement supprimée. Sans elle, la jurisprudence aura pu être plus libre dans l'application de la loi, d'autant plus que l'adultère peut ne pas présenter l'élément intentionnel et montrer plusieurs degrés de gravité d'une part et provoquer aussi un préjudice moral qui peut ne pas aller jusqu'à rendre intolérable le maintien de la vie commune. La suppression de la distinction entre causes péremptoires et causes facultatives aurait pu sauver quelques mariages parmi ceux qui sont prononcés pour adultère. De plus, elle aurait pu contribuer à empêcher la dissolution automatique d'un grand nombre de divorces pour cause d'adultères, grâce à l'arrangement et l'accord entre époux. En un mot, les époux auraient pu cesser d'être les maîtres du divorce, en cédant ce droit à la loi, c'est-à-dire aux juges.

Une autre solution aurait pu être envisagée par le législateur : la cause péremptoire est celle qui réunit à côté de l'adultère-fait matériel et la condamnation de l'article 231 du Code civil tous les autres éléments constitutifs de divorce, ayant les éléments quantitatifs présumés dans une *praesumptio juris*. Elle aurait abouti à certains avantages de la suppression pure et simple de cette notion si la présomption peut être réfutée, ce qui permettrait aux juges d'examiner les éléments quantitatifs, mais seulement d'après les principes de la

procédure contradictoire. — C'est la solution qui peut, paraît-il se dégager de la réforme de 1941.

Une troisième solution aurait pu être apportée dans le sens d'une présomption *juris et de jure* pour tous les éléments qu'ils soient constitutifs ou simplement quantitatifs, dès que les faits matériels des articles 229-231 du Code civil sont établis. Cette solution montrerait tous les inconvénients de la distinction.

IV. — La loi du 2 avril 1941 a apporté un changement insensible sur le point qui nous intéresse. Elle a interverti les articles 231 et 232 du Code civil, de telle sorte que la condamnation criminelle vient après les deux adultères. Autrement dit, elle a regroupé les causes péremptoires au commencement du chapitre premier intitulé « Des causes de divorce ». La loi n'emploie pas le terme de cause péremptoire (elle maintient les anciennes formules qui n'obligent les juges à prononcer le divorce que dans les cas de condamnation du nouvel art. 321), mais le législateur a souligné son maintien en exprimant qu'il « est plus logique de grouper, dès l'abord, les cas où le divorce est obligatoire pour ne viser qu'en second lieu les cas où il est facultatif »[1]. Ainsi, au lieu de tirer profit de la discussion doctrinaire qui a précédé l'élaboration de la loi de 1941, le législateur ne l'a pas pris en considération. — Il s'agit donc de préciser la signification actuelle de la distinction.

La loi du 2 avril 1941 semble avoir consacré sa solution jurisprudentielle avant la réforme. Mais cette solution n'étant ni très fixe, ni précise, on peut hésiter à

1. Circulaire du 26 mai 1941 du Garde des Sceaux dans *Sem. Jur.*, 1941, S.L. 4430.

l'attribuer à la loi de 1941. Nous avons démontré qu'elle était en désaccord avec l'institution du divorce telle qu'elle existait avant la réforme. Or si l'on adopte cette solution, même après la loi de 1941, le nombre de ces désaccords augmente, vu que l'institution du divorce est plutôt orientée aujourd'hui vèrs le principe de l'indissolubilité du mariage et vers l'obtention du divorce seulement dans les cas d'extrême gravité. — Vu l'attitude de la doctrine envers cette solution, et ses inconvénients dans la pratique d'un côté, et le sens de la réforme de 1941 de l'autre, on ne saurait trop déconseiller à la jurisprudence d'adopter cette solution.

On ne peut pas non plus se décider pour la suppression complète de la distinction, car le législateur l'a eu en vue lors de l'élaboration de la loi.

La solution qui reste est celle du juste milieu.

Les causes péremptoires sont celles qui obligent les juges à prononcer le divorce dès que les éléments essentiels d'une cause de divorce sont réunis et prouvés sans se préoccuper des éléments quantitatifs ou d'intensité de gravité, ceux-ci étant présumés par l'existence du fait même. Les juges font donc une analyse juridique et une application des éléments de cette analyse aux cas de la réalité sociale, mais toute appréciation de gravité leur est interdite, parce que celle-ci est présumée. Ainsi la loi présume que l'adultère est non seulement une violation grave des devoirs et obligations résultant du mariage, mais aussi et surtout un fait qui rend intolérable le maintien de la vie commune.

D'une telle notion, découlent des conséquences pratiques et des inconséquences théoriques.

Tout d'abord, les juges doivent consciencieusement

examiner si un cas qui leur est soumis, satisfait aux conditions de la règle juridique. Des quatre éléments essentiels, il n'y en a qu'un qui présente un intérêt particulier, (car les autres sont, par hypothèse ou par définition, présents), à savoir l'intention coupable. Les cas de jurisprudence sur lesquels nous avons discutés plus haut montrent tout l'intérêt de la question. Malgré l'opinion contraire exprimée par la Cour de Cassation, cet élément ne doit faire défaut dans un fait admis comme cause de divorce, parce qu'il est le pivot central et fondamental de l'institution.

En deuxième lieu se pose la question du caractère de la présomption de gravité que comportent les faits d'adultère et de condamnation.

Si l'on veut tout d'abord affirmer que les conditions d'intensité et de gravité ne s'appliquent pas aux faits qui peuvent devenir des causes péremptoires, on arrive à une absurdité : c'est donc la présomption qui s'impose.

Ensuite, si l'on admet qu'elle est irréfragable, on arrive à exclure la possibilité de ne pas prononcer automatiquement le divorce que la loi ou la jurisprudence accordent aux juges à propos de certaines fins de non-recevoir telles que la connivence dans l'adultère, la réciprocité des condamnations et à propos des sursis de l'alinéa 5 de l'article 238 et de l'article 246.

Alors la solution qui reste est celle de la *praesumptio iuris* que la partie adverse, c'est-à-dire l'époux coupable, peut réfuter. Et celui-ci la réfutera précisément en invoquant les fins de non-recevoir. Ainsi tombera la présomption d'après laquelle le fait à sa charge a constitué une violation qui lui est imputable et qui a rendu intolérable la vie commune.

Les inconséquences théoriques de la notion de cause péremptoire découlent de sa rigidité relative qui impose l'automatisme de son fonctionnement. Au lieu de laisser la liberté de déterminer l'opportunité où l'inopportunité du divorce dans telle situation concrète, la nouvelle loi permet, grâce à la notion de cause péremptoire, une dissolution automatique. Ainsi au lieu de diminuer les chances de divorce, la loi les augmente.

Une autre inconséquence est en quelque sorte le prolongement logique de la précédente. L'automatisme dans la dissolution du mariage suscite au lieu de la combattre l'idée de propagation du divorce. Chaque loi et plus encore que chaque décision jurisprudentielle produit un effet de propagande, par conséquent a des répercussions sociales sur le plan spirituel et moral. Or l'avènement de la loi du 2 avril 1941 cadrait bien avec la conception actuelle des possibilités de propagande, mais voilà quelques-unes de ses dispositions qui peuvent agir dans le sens contraire. — On peut abjecter ici qu'une telle disposition en ce qui concerne l'adultère peut produire un effet moral bienfaisant, c'est d'empêcher sa pratique. La grande question est de savoir si une telle sanction peut être prise en considération par celui des époux qui est tenté de la pratiquer. Il est évident par contre, que celui qui veut rompre le lien conjugal n'hésitera pas à le faire, précisément parce qu'il escompte sa sanction malgré ses conséquences pécuniaires.

Le poids de la réforme portait sur les causes facultatives. Son pivot, c'est l'attitude des juges. Leur caractéristique est d'être soumis aux fluctuations de l'opinion publique et aussi à l'idéologie officielle de l'Etat, c'est-à dire du Gouvernement. C'est là que résident leur gran-

deur et leur faiblesse. En orientant le fonctionnement des causes facultatives en ranimant l'opinion publique d'une propagande défavorable, en exprimant sa propre idéologie, le législateur impose, pour ainsi dire, aux juges une attitude qui peut et doit cadrer avec la marche de la vie sociale de la Nation.

La cause facultative est, par sa constitution, une règle-standard. — Peut-être plus que jamais, aujourd'hui, a-t-on besoin de règles juridiques de cette espèce, précisément à cause de la cadence rapide de la vie et de ses changements inattendus.

§ 3. — Rôle des juges du fond dans la détermination des causes de divorce et contrôle de la Cour de Cassation

I. — L'indétermination des notions techniques qui organisent les causes de divorce ; le caractère éminemment moral de la matière sociale régie : le flux toujours grandissant des demandes en divorce provoqué par un climat idéologique favorable à la propagation du divorce ; la fragilité du mariage due à la cadence de la vie et au changement des mœurs, — tout cela a poussé les juges à déterminer leur attitude vis-à-vis de l'institution du divorce et surtout envers ses causes. Cette attitude qu'on connaît trop, était de la part des juges du fond trop indulgente et de la part de la Cour de Cassation, trop négative. Elle a amené le droit français à une conception d'après laquelle le rôle des juges du fond, s'était réduit, en ce qui concerne les causes péremptoires, à une simple constatation de l'existence du fait matériel, sans aucun autre pouvoir : l'examen de l'existence des

autres éléments constitutifs des causes péremptoires, ainsi que toute appréciation de gravité des faits leur était soustrait ; en ce qui concerne les causes facultatives ils avaient au contraire un pouvoir d'appréciation illimité qui remplaçait toutes les déficiences de la technique juridique. La Cour de Cassation qui déterminait le rôle des juges du fond, limitait en même temps son propre rôle et ses pouvoirs respectifs. Pour les causes péremptoires elle était stricte et sévère, tandis que pour les causes facultatives, elle abandonnait presque tout aux juges du fond, bornant son contrôle à ce que ceux-ci puissent souverainement et librement exercer l'interprétation des textes et l'appréciation des faits. Ainsi les juges du fond ont été appelés à établir avant tout, les notions juridiques, à procéder ensuite à la qualification des faits et aussi à l'appréciation de la gravité.

On trouve les raisons de la technique juridique qui ont permis cette évolution, tout d'abord dans la conception générale du rôle de la Cour de Cassation. Au commencement de son existence et pendant l'ère du dogmatisme juridique où prend naissance son attitude envers les causes du divorce, la conception répandue distinguait les notions juridiques définies et non définies : seules les premières tombaient sous le contrôle de la Cour de Cassation [1].

Les causes facultatives de divorce n'étaient pas des notions bien définies, alors elles échappaient au contrôle juridique de la Cour de Cassation, par conséquent les juges du fond étaient les seuls à s'en préoccuper.

1. Voir cette conception exposée dans *Répert. alph. Dalloz*, v° *Cassation* la note sous le n° 1224 dans un rapport du Président Barris, qui était l'aboutissement d'une pratique qui a influencé pendant longtemps l'attitude de la Cour de Cassation et jusqu'à la réforme de 1941 la matière du divorce. — Voir sur cette question : G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929, n°s 109 et suiv. ; — CARBONNIER, *op. cit.*, dans *Rev. trim.*, 1937, p. 284, n. 3.

Avec l'effacement de cette conception et l'évolution de l'opinion vers cette autre conception que la Cour de Cassation doit exercer son contrôle sur la qualification juridique des faits[1], on s'est mis à critiquer cette jurisprudence[2]. Cette critique concordait avec le mauvais rendement social de l'institution de divorce[3] et préconisait un changement de l'attitude de la Cour de Cassation, mais celle-ci continuait à affirmer sa doctrine primitive[4]. C'est à cet état de choses que sont venues s'ajouter les innovations de la réforme de 1941.

II. — La nouvelle loi a certainement apporté des changements sur ce point, puisqu'elle a révisé et innové la notion abstraite de la cause de divorce.

Chaque cause de divorce doit satisfaire à deux groupes de conditions : constitutives et quantitatives. En ce qui concerne ces dernières elles peuvent être présumées pour les causes péremptoires. Toutefois, comme nous l'avons dit, elles peuvent être examinées au cours d'un procès, si le défendeur les soulève et se charge de la preuve.

Désormais les juges du fond ont à effectuer le même travail, comme pour n'importe quel autre procès. Ce travail est presqu'entièrement soumis au contrôle juridique de la Cour de Cassation comme dans toute matière du droit privé.

Tout d'abord les juges du fond ont à dégager les éléments juridiques des causes de divorce. C'est leur point

1. MARTY, *op. cit.*, nos 115 et suiv.

2. PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, no 520 ; — JOSSERAND, t. I, n ; 916 ; — DE PAGE, t. I, no 854.

3. Tous les auteurs juridiques qui la traitaient, donnaient des statistiques qui montraient de façon irréfutable le « dynamisme » de l'institution. — Voir : SAVATIER, *op. cit.*, *passim.*

4. Req., 1er février 1928 (S. 1928.1.182) ; Req. 15 juillet 1930 (S. 1931.1.23) ; Req., 28 mars 1938 (S. 1938.1.179) ; Req., 8 juin 1939 (D.H. 1939, 421).

de départ : ils doivent connaître le droit positif. Ces éléments juridiques, propositions abstraites, seront ensuite appliqués aux faits tels qu'ils seront fixés par les juges, d'après les données du procès. C'est donc un autre stade de leur activité que d'établir l'état des faits. Un troisième lui succède, à savoir la qualification juridique de ces faits : sous chaque proposition juridique abstraite, ils ont à inscrire tel fait qui portera désormais cette étiquette juridique. Là où la loi ne donne pas de critères clairs et compréhensibles, où le simple rapprochement des propositions abstraites et des faits ne complète pas la qualification juridique, les juges seront appelés à procéder à une appréciation souveraine. Celle-ci n'est qu'un aspect particulier de la qualification ; les faits avant d'être souscrits à cette proposition abstraite, doivent subir un examen de la part des juges, qui, par critère personnel, décident que les faits ont requis ou non une telle qualité exigée par la proposition abstraite. Pour raisonner sur un exemple, ils décideront que tel fait à sa dénomination juridique d'adultère ou bien que telle injure rend intolérable la vie commune. C'est seulement dans le deuxième cas, que le critère consistant à dire que l'injure rend intolérable la vie commune ne leur est pas donné entièrement par la loi et d'une manière objective, mais dans une large mesure par leur propre intelligence à l'aide de tout leur être spirituel, moral, psychique. — Une fois cette qualification achevée, ils n'ont qu'à tirer les conclusions logiques que l'on tire de tout syllogisme.

Tout ce travail peut être soumis au contrôle de la Cour de Cassation. L'analyse juridique de ces propositions de la loi est une question de droit par excellence. La Cour

de Cassation a donc son mot à dire. — La fixation des faits n'étant pas du tout une question de droit, la Cour ne peut l'accepter que telle qu'elle a été établie par les juges du fond. — Mais la qualification juridique de ces faits, c'est-à-dire leur souscription à telle ou telle proposition juridique est encore une question de droit[1]. Dire que tel fait est adultère ou injure ou tel autre fait rentre dans la proposition juridique d'intention de nuire, est le point central dans la fonction sociale du droit qui engage toute sa signification et justifie sa raison d'être. On ne peut concevoir la possibilité de contester à la Cour de Cassation son contrôle sur ce point.

Il reste encore une question pendante : comment la Cour de Cassation exercera-t-elle son contrôle juridique là où existe le pouvoir d'appréciation des juges du fond ? Ce contrôle est possible et concorde parfaitement avec la mission de la Cour de Cassation. Une telle appréciation de la part des juges du fond est encore une question de droit par excellence. La loi a omis de poser les limites d'une proposition juridique. Les juges ne peuvent refuser de statuer sur un cas qui leur est soumis ; ils sont alors appelés à poser ces limites par leur propre activité intellectuelle, moyennant leur culture juridique et sociale. Mais leur acte est un acte de création juridique, appelé par M. Gény la libre recherche scientifique[2]. Cette création juridique est une question de droit et la Cour de Cassation est appelée à le contrôler[3]. D'ailleurs comment pourrait-on imaginer le contraire dans notre civilisation et surtout avec une institution telle que la Cour de Cassation appelée à assurer l'unité de la jurispru-

1. MARTY, *op. cit.*, n° 131, p. 257.
2. *Méthode d'interprétation*, 2e édit., t. II, n° 176 *bis*.
3. GÉNY, *op. cit.*, n° 180 ; — MARTY, *op. cit.*, p. 213.

dence[1] ? La Cour suprême doit pouvoir poser les règles standard, les directives et les limites au-delà desquelles tel fait ne peut plus avoir cette qualification juridique.

Le dernier point du contrôle de la Cour de Cassation porte sur la régularité des déductions logiques tirées des propositions juridiques et des faits qualifiés.

Si l'on adopte le point de vue que nous venons d'exposer, le contrôle de la Cour de Cassation porte sur les points suivants :

1° constatation de l'existence des éléments constitutifs de cause de divorce, à savoir :

a) l'existence du mariage au moment de l'établissement de la demande et du jugement en divorce aussi bien qu'à l'époque du fait ;

b) l'existence du fait matériel : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès-sévice ou injure. Chacun de ces faits a sa définition juridique : la Cour examinera si le fait invoqué satisfait à la définition à laquelle il est lié ;

c) l'existence de l'élément intentionnel et la gravité suffisante ; son remplacement éventuel par le préjudice ;

d) le caractère personnel du fait ou des faits invoqués ;

2° constatation de l'existence des éléments quantitatifs et de leur degré, savoir :

a) la gravité et son degré. La gravité du fait matériel est une question de droit, car la loi exige que le fait, pour devenir cause de divorce, soit grave et la Cour de Cassation peut poser des limites en écartant certains faits et en admettant les autres. Si la gravité consiste en répétition elle peut exiger un certain laps de temps pour une telle catégorie de faits, temps qui sera plus ou moins

1. MARTY, *op. cit.*, n° 119.

long suivant la gravité du fait qui se répète, examinées en sa manifestation unique ;

b) le caractère qu'ils ont de rendre intolérable le maintien de la vie commune. Ce caractère plus difficile à contrôler peut toutefois être surveillé par l'exigence de signes objectifs. L'appréciation elle-même doit être motivée d'une manière détaillée qui fera apparaître leur caractère de gravité par rapport à l'époux offensé. Toutefois, ce défaut de motivation ne peut pas être considéré par la Cour de Cassation comme l'inexistence de ce deuxième élément quantitatif, car il peut être dû à la sécheresse de la formule des juges du fond ;

3° justesse des conclusions logiques.

***

Nous pouvons dire, en conclusion de cette première partie, que dans le droit positif français il y a trois causes de divorce pour les faits légalement déterminés et une quatrième pour laquelle la loi n'a posé que des directives.

La première cause est l'adultère (art. 229 et 230 C. civ.) imputable à l'un des époux, pendant le mariage et avec la volonté de nuire qui sera presque toujours impliquée dans le fait d'adultère lui-même ; son caractère de gravité est présumé, il rend la vie commune intolérable sauf preuve contraire de la part de l'époux coupable. Le rôle des juges est infime, dans la détermination de cette cause: le fait d'adultère une fois prouvé, les autres éléments se trouvent légalement présumés, ce qui fait que cette cause est péremptoirement acquise avec le fait même d'adultère. Toutefois la loi permet à l'époux défendeur de faire tomber la présomption légale de l'existence des éléments quantitatifs : le temps montrera si la juris-

prudence usera de cette possibilité. De plus, la loi n'interdit pas non plus aux juges de soulever cette question d'office. Dans ce cas, la preuve de l'existence des éléments quantitatifs sera à la charge de l'époux demandeur. L'adultère peut ne pas être une cause péremptoire dans le droit positif actuel.

Il en est autrement de la cause déterminée dans le cas d'une condamnation à une peine afflictive et infamante. La loi emploie la formule d'après laquelle ce fait est une cause péremptoire. Néanmoins la jurisprudence peut, par une interprétation forcée, assimiler cette cause à celle de l'adultère.

Pour les excès-sévices les juges ont un pouvoir de détermination plus grand : tous les éléments de cette cause sont laissés à leur soin. Toutefois les faits mêmes d'excès-sévices étant suffisamment précis, il s'ensuit que cette cause est une cause déterminée de type normal, étant donné qu'il n'existe aucune présomption légale en faveur d'aucun élément.

La quatrième cause est indéterminée en ce sens que la loi ne précise pas quels sont les faits qui peuvent la constituer. Mais elle doit remplir toutes les conditions légales et réunir tous les éléments de la notion de cause générale du divorce. En ce sens, elle est identique à celle-ci. — Le rôle des juges est suffisamment précisé par la loi pour que la Cour de Cassation puisse exercer son rôle unificateur.

Deuxième Partie

Fins de non-recevoir

Les fins de non-recevoir sont les moyens de défense qui tendent à contester le droit d'action proprement dit sans s'attaquer au droit que l'action veut réaliser. — Dans la procédure du divorce, le défenseur oppose une fin de non-recevoir pour écarter la demande de divorce de l'époux demandeur, sans entrer dans la discussion du bien-fondé des faits sur lesquels la demande est basée. Ainsi les fins de non-recevoir produisent un effet important en ce qui concerne les causes de divorce en ce sens que celles-ci cessent d'être opérantes : sans les toucher directement, les fins de non-recevoir suppriment[1] ou suspendent[2] leur qualité dissolutive du mariage.

Leur importance est très grande du point de vue juridique ainsi que du point de vue social. Juridiquement, elles éteignent certains droits tels que le droit de poursuivre la procédure en divorce, le droit d'obtenir le divorce et de se voir libéré des liens du mariage. Socialement, elles consolident un mariage qui allait se dissoudre

1. Comme la réconciliation par exemple.
2. Comme la mesure de l'article 233 du Code civil et l'action en nullité (voir *supra*, p. 14).

ce qui équivaut pour la société à un nouveau mariage, rigoureusement parlant.

Il est naturel que la réforme de 1941 ait voulu tirer profit de ce moyen de la technique juridique. Mais elle n'a opéré que dans un sens. Nous nous arrêterons sur la fin de non-recevoir créée par la réforme dans l'article 233 du Code civil ; nous aborderons même la réconciliation qui n'était pas touchée directement par la réforme, mais pour laquelle existent des possibilités d'exploitation efficace, si la jurisprudence le permet. Enfin nous indiquerons brièvement une dernière fin de non-recevoir, à savoir la prescription qui existe bien dans le droit positif français et qui existait avant la réforme, sur laquelle il y a même quelques cas de jurisprudence et qui n'a pas été du tout exploitée par la réforme, qui ne peut pas l'être par la jurisprudence. Pourtant il semble qu'elle se prête bien à cet effet et qu'elle est tout à fait adéquate à tirer profit de ce que l'on peut appeler la psychologie du divorce.

La réforme a créé une fin de non-recevoir énoncée dans le nouvel article 233 du Code civil. Sa nature juridique n'est pas nettement dessinée : c'est une mesure hybride sur différents point. Elle diffère des autres fins de non-recevoir par son effet limité temporairement aux trois ans qui suivent le jour de la célébration du mariage. Par ce côté elle ressemble à une exception dilatoire. Elle trouve bien un fondement et une justification dans la réalité sociale et aussi dans la psychologie du divorce, mais peut-être qu'en cherchant bien, le législateur aurait pu trouver quelque chose de plus adéquat, de plus approprié. C'est sa fréquente application qui fera que la société et les époux, plus particulièrement, sentiront

vivement ce côté artificiel de la mesure. La pratique montrera son efficacité.

Pour les autres fins de non-recevoir, on peut dire que la jurisprudence peut en tirer un résultat profitable précisément à cause de l'accord de leur nature avec la psychologie du divorce. En ce qui concerne la prescription de l'action en divorce, on peut regretter pour la même raison, qu'elle n'ait pas mieux été utilisée par le législateur de 1941.

Enfin nous laisserons de côté certaines fins de non-recevoir, telles que la mort de l'un des époux (art. 244, al. 3 C. civ.), la péremption de l'instance et l'action en nullité de mariage[1].

1. Voir *supra*, p. 14.

CHAPITRE PREMIER

IRRECEVABILITÉ TEMPORAIRE DE LA DEMANDE EN DIVORCE

Le nouvel article 233 du Code civil qui a remplacé un texte abrogé par la loi du 27 juillet 1884, ayant trait au divorce, par consentement mutuel, est ainsi conçu : « Aucune demande en divorce ne sera reçue pendant un délai de trois ans à dater du jour de la célébration du mariage ».

Cette mesure est importante et entièrement nouvelle en matière de divorce. On ne peut pas dire qu'un lointain rapprochement ne soit pas possible avec certains moyens de la technique juridique du droit français même dans le cadre de l'institution de divorce. Mais son aspect actuel est complètement nouveau. Contrairement à ce que le législateur fait pour les causes, à savoir de les avoir retouchées timidement et dans le sens de l'évolution tracée auparavant par la jurisprudence, ici, il s'est montré hardi, révolutionnaire et novateur indépendant de l'expérience jurisprudentielle.

La mesure de l'article 233 est un des éléments les plus importants de la réforme. Elle doit être l'une des plus efficaces car c'est d'elle que le législateur en attend le plus. Elle repose sur certaines statistiques et la constatation que le divorce est le plus souvent demandé dans les trois premières années qui suivent le mariage ; mais

elle repose aussi sur la croyance que ces premiers dissentiments se dissiperont au bout de trois ans et que « certains feux » deviendront « cendres »[1]. Elle compte prescrire certaines unions précipitées et irréfléchies[2], que l'on appelle les mariages à l'essai[3], mais aussi entraîner une diminution du nombre des divorces en général.

Simple à première vue et destinée à avoir en pratique un fonctionnement facile. cette mesure est assez étrange du point de vue théorique. Elle soulève plusieurs questions dont les solutions sont assez subtiles, pas toujours certaines et en tous cas hybrides. La pratique jurisprudentielle sera très simple parce qu'elle sera guidée par une sorte d'inertie des tribunaux : pour avoir moins à faire ils ne recevront pas la demande en divorce toutes les fois que cela leur sera possible, sans se soucier des subtilités théoriques : la plus simple conception juridique de ce moyen technique déterminera leurs décisions. Or cette conception comprend cet élément de passivité, d'inertie et de dessaisissement.

Dans les différents paragraphes nous examinerons d'abord son mécanisme fonctionnel et technique, tel que nous croyons le voir dans la pratique. — Ensuite, nous ferons l'examen théorique de son caractère juridique, de sa portée et des sanctions.

§ 1. — Fontionnement juridique.

Si l'on analyse la disposition juridique de l'article 233 du Code civil on y trouvera les éléments suivants :

1. Le mot a été employé par M.J. Barthélémy dans son discours radiodiffusé (D.C. 1941, L. 61, n. 1 col. III).
2. Circulaire du Garde des Sceaux du 26 mai 1941 dans *Sem. Jur.*, 1941, S.L. 4430.
3. Vizioz, *op. cit.*, n° 14.

1° *l'interdiction* qui porte sur
2° *la demande en divorce* pendant
3° *trois ans* ;
4° de plus, cette interdiction s'adresse d'abord aux époux et aux tribunaux, au ministère public ensuite : les époux, les juges et le ministère public veilleront à sa réalisation.

Voyons comment fonctionnera le mécanisme dans la pratique, en reprenant chacun des éléments.

I. — L'interdiction de demander le divorce pendant les trois premières années du mariage a pratiquement pour les époux la valeur d'une incapacité de divorcer, ce qui rend le mariage indissoluble pendant cette période.

Les époux, libres de se marier s'engagent dès le mariage dans une voie qui intéresse la collectivité. Sur ce point leur état civil ne dépend plus d'eux à partir de ce moment. Leur incapacité de le changer leur est retirée. Cette incapacité est absolue et insurmontable. Il n'y a aucun moyen pour sortir du mariage ; celui-ci reste indissoluble [1].

Néanmoins, il leur reste une possibilité de sortir de la vie commune qu'impose le mariage et de relâcher ses liens. Il leur est permis de demander la séparation de corps qui pourra par la suite être convertie en divorce. Ainsi s'assouplit la rigidité et la sévérité de la mesure légale, car la séparation prépare le divorce : elle le facilite, l'accélération abrégeant sa procédure après trois ans et le conditionne presque. Cette possibilité sera choisie toutes les fois que les espérances du législateur en une

1. Trib. de Valence, 2 juillet 1941 (D.A. 1941, J. 347) ; Trib. de Marseille, 18 juillet 1941 (D.A. 1941, J. 335) ; Trib. Seine, 5 mai 1941 (D.A. 1941, J. 206).

réconciliation définitive ne se réaliseront pas. Alors le délai de trois ans de l'article 233 se transforme en celui de l'article 310 al. 1er. Les époux demanderont la séparation de corps qui, une fois devenue définitive, mettra trois ans, pour devenir divorce.

II. — L'objet de la prohibition est la demande en divorce. Par conséquent une demande en divorce présentée devant un tribunal civil sera déboutée.

Le plus souvent les choses se passeront de la manière suivante : un époux présentera la demande en divorce avec un extrait de l'acte de mariage. Les juges n'auront qu'à rapprocher les dates : celle du mariage et celle de la déposition de la demande sur les registres du tribunal. Le principe d'inertie leur imposera ce petit travail de simple calcul qui, dans le cas d'absence du délai de trois ans, leur dictera un jugement simple et stéréotypé, sans effort.

Si le demandeur n'a pas joint à la demande l'extrait de l'acte de mariage, ce qui n'arrivera jamais une fois la pratique établie et la période transitoire dépassée, le tribunal lui imposera la preuve de ce fait, toujours guidé par le même principe d'inertie. Sans entrer dans la discussion théorique sur le point de savoir à qui incombe la charge de la preuve (que nous retrouverons plus loin), nous croyons que les juges l'exigeront du demandeur parce qu'autrement leur pouvoir de veiller d'office à la réalisation de la disposition légale de l'article 233 devient illusoire.

Mais la procédure du divorce ne débute pas par la demande en divorce. L'article 234 impose à l'époux qui veut demander l'autorisation au président du tribunal civil compétent d'assigner son conjoint devant le

tribunal même. Or le président du tribunal est chargé par la loi (art. 235 du C. civ.) d'entendre le demandeur et de lui faire les observations qu'il croit convenables. Parmi ces observations, la première sera celle qui ressort de l'article 233. L'époux demandeur, à supposer qu'il l'ignorait, acquerra vite la conviction que ses desseins se heurteront aux dispositions légales qui empêcheront leur réalisation. Dans la pratique nous croyons qu'il s'abstiendra et qu'il retirera sa requête adressée au président du tribunal civil.

Dans le cas contraire à supposer que l'époux demandeur persiste, le président du tribunal lui refusera le permis de citer son conjoint devant lui en vue de la conciliation. Sans entrer, de nouveau, dans la discussion théorique du pouvoir du président, nous croyons qu'en pratique, cette solution prévaudra pour plusieurs raisons. Tout d'abord pour le même principe d'inertie déjà mentionné. Ensuite le but même visé par l'article 233 qui est un espoir de conciliation, doit agir sur la décision du président, en ce sens qu'au lieu d'alarmer les époux et d'agraver le désaccord en donnant une sorte de raison à l'époux demandeur, il doit se servir du moyen légal et apaiser en germe, sa tentative de s'acheminer vers une rupture définitive du mariage.

Ainsi, à notre avis, la pratique défendra non seulement la recevabilité de la demande en divorce, mais aussi la recevabilité de la requête tendant à obtenir un permis d'assigner devant le tribunal.

III. — Le délai de trois ans de l'article 233 du Code civil est un délai plein et franc. Il commence à courir à partir du jour de la célébration du mariage qui ne compte pas. Il expire au bout de trois ans pleins, le

jour dont la date suit celui du mariage, jour où le premier acte qui annonce le procès de divorce peut être effectué.

Mais quel sera cet acte : la requête au président du tribunal ou déjà l'acte d'assignation ? L'article 233 parle de la demande en divorce. A notre avis, dans la pratique, le requête initiale sera considérée comme demande en divorce [1], parce que la mesure de l'article 233 tend à diminuer le nombre des divorces et à exploiter au maximum les possibilités de conciliation. A cet effet, le délai de l'article 233 doit se dérouler sans aucune intervention de la part des juges en vue de le raccourcir. Ils ne doivent surtout pas permettre aux époux ou à l'un d'eux de prendre une décision en vue de demander le divorce et d'exclure avant l'expiration du délai de trois ans toute possibilité de conciliation et de continuation de la vie commune.

IV. — L'interdiction de recevoir la demande en divorce est rédigée dans le texte légal, d'une manière impersonnelle. Mais sans aucun doute, elle s'adresse à tous ceux qui participent au procès en divorce, c'est-à-dire aux époux, comme parties, aux juges de toutes instances et au ministère public.

A supposer que tous en aient connaissance, il faut se demander qui l'observera et qui agira en vue de sa réalisation.

L'époux qui veut demander le divorce peut l'observer, car il y a de grandes probabilités pour qu'au cours de la procédure déclanchée par lui, l'interdiction soit invoquée et réalisée de sorte qu'il s'ensuivra pour lui une perte de

1. Trib. de Valence, 2 juillet 1941 (D.A., 1941, J. 347).

temps et d'argent. Mais s'il veut courir le risque, rien ne l'empêche d'agir. — Son conjoint peut adopter deux attitudes : ou bien il désire, lui aussi le divorce, ou bien il ne le désire pas. Dans le premier cas, il s'abstiendra de toute intervention dans le sens de l'application de l'article 233 du Code civil étant d'accord avec son adversaire au procès. Dans le deuxième cas, son intervention ne peut qu'ajourner la réalisation de l'intention de l'autre époux qui, en tout cas, peut demander immédiatement la séparation de corps. — En somme il y a très peu de probabilités pour que les époux invoquent l'article 233 dans leur désir d'arrêter le procès déjà engagé, pour la simple raison que cette mesure ne préjudiciera en rien à l'issue finale, c'est-à-dire à la culpabilité de l'un ou de l'autre des époux. Or les moyens procéduraux ne sont mis en branle par les parties que là où ils peuvent les protéger contre certaines déchéances matérielles. Cette objection vaut également pour le cas sur lequel nous raisonnons, car l'existence du mariage une fois mise en question, les époux n'auront plus à se préoccuper que de ses conséquences pécuniaires.

Nous avons déjà indiqué les raisons pour lesquelles les juges appliqueront l'article 233. A ces raisons, peuvent s'en ajouter d'autres, surtout celle de veiller à la réalisation du but que le législateur s'est proposé dans cet article.

Le véritable gardien de la mesure sera le Parquet. C'est pour cette raison que le Garde des Sceaux a attiré l'attention de celui-ci sur l'application de la loi du 2 avril 1941 en lui demandant « une particulière vigilance »[1]. C'est le ministère public qui est chargé de rappeler aux

1. Circulaire du 26 mai 1941 (*Sem. Jur.*, 1941, S.L. 4430).

juges la disposition de l'article 233 du Code civil toutes les fois qu'ils l'oublieront pour une raison ou une autre.

Il sera donc assez difficile qu'un jugement en divorce intervienne et qu'il devienne définitif pendant le délai de l'article 233 du Code civil.

§ 2. — **Nature juridique de la prohibition.**

A supposer que dans certains cas, pour n'importe quelle raison, la demande en divorce soit acceptée, que le procès prenne cours et que durant le procès la disposition de l'article 233 du Code divil soit appliquée, il faut savoir quelle est sa nature juridique. Cette question-ci n'est pas purement théorique, mais eminemment pratique. L'interdiction de recevoir la demande en divorce pendant les trois premières années qui suivent le jour de la célébration du mariage est une institution qui peut s'étendre sur toute la procédure du divorce, c'est-à-dire qu'elle peut intervenir à n'importe quel stade, jusqu'au jour où le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce devient définitif. Même par la suite, la question se pose de savoir, s'il y a lieu d'intervenir faute d'application. Or pour faire fonctionner cette nouvelle institution, il faut savoir quelles règles on lui appliquera, quelle en sera la portée et la sanction. Autrement dit, il faut déterminer sa nature juridique, la rapprocher d'autres institutions juridiques existantes et dans la mesure de leur identité de caractère et de but, appliquer les mêmes règles à la prohibition de l'article 233.

I. — Sur le plan du droit matériel la nouvelle mesure se présente comme une incapacité temporaire de divor-

cer[1]. Cette incapacité frappe les deux époux et personne d'autre, parce que l'action en divorce est strictement personnelle. C'est une incapacité de jouissance temporaire qui trouve un précédent mais illimité dans le temps, dans l'article 3 de l'article 295 du Code civil (texte de la loi du 27 juillet 1884 abrogé par la loi du 5 avril 1919) qui interdisait aux époux une fois divorcés et remariés de divorcer pour la deuxième fois. — Une semblable incapacité existe par exemple pour la veuve de se remarier (délai de viduité).

Cette incapacité a un caractère doublement protecteur : elle protège les époux contre leur propre inexpérience et la nation contre le danger qui menace la famille en tant qu'institution d'intérêt général[1].

Mais ce qui est certain, c'est que tous les faits qui peuvent se passer à l'intérieur de ces trois ans et qui peuvent devenir causes de divorce gardent entièrement leur validité. Aucune fiction légale ne tend à faire considérer comme non avenus les faits qui peuvent se passer pendant cette période. Le législateur n'a voulu que favoriser la conciliation entre les époux. Ce qui prouve ce raisonnement c'est la possibilité de demander la séparation de corps pour les mêmes causes (art. 306, al. 2 du C. civ.) et d'en demander la conversion en divorce, après l'expiration du délai de l'article 310, al. 1er).

Sur le plan procédural, la mesure se traduit par l'incapacité de *demander* le divorce. L'incapacité de divorcer est réalisée par un moyen technique de procédure. C'est en somme le chemin qu'il faut suivre pour déterminer exactement la nature judidique de la mesure de l'arti-

1. J. Carbonnier, *op. cit.*, D.C. 1941, L. 67, col. 1.

cle 233. Il faut trouver quel est le moyen de procédure civile qui répond le mieux aux traits que présente la prohibition de l'article 233

Ces traits sont les suivants :

1° délai de trois ans qui n'est que suspensif de la demande en divorce, mais qui laisse entièrement subsister les faits produits dans cet espace de temps sans diminuer d'aucune façon leur validité en tant que causes de divorce ;

2° caractère d'ordre public de la mesure en question que l'on peut invoquer à tout moment de l'instance et aussi bien de la part des parties que par les juges et le ministère public ;

3° sans contester la base sur laquelle la demande est assise, la mesure supprime la possibilité même de la demande : elle supprime le droit *temporaire* d'action ;

4° une fois le délai de trois ans révolus, la mesure ne laisse aucune trace et s'efface complètement.

Par le premier et le dernier traits, elle ressemble à une exception dilatoire [1]. Mais ce qui en diffère c'est que celle-ci retarde l'examen de l'action tant que dure le délai, opposé par l'exception, tandis qu'ici l'action à laquelle la mesure de l'article 233 est opposée tombe complètement et après l'expiration de trois ans pour que l'action soit examinée, il faut la renouveler, c'est-à-dire l'introduire à nouveau. L'exception est un moyen de défense qui s'attaque au bien fondé de la procédure et de l'instance [2], tandis que la mesure de l'article 233 s'attaque au droit même de l'action en divorce, droit qui n'est pas contesté que temporairement. Or le moyen de défense

1. Vizioz, *op. cit.*, n° 51, p. 61 ; — J. Carbonnier, *op. cit.*, C.D. 1941, L, 68, col. II.

2. Morel, *Traité élémentaire de la procédure civile*, 1932, p. 69.

qui attaque le droit même de l'action est une fin de non-recevoir[1]. Cette fin de non-recevoir est liée au fond[2], car elle est fondée sur l'incapacité de divorcer qui tient du droit matériel. Elle est d'ordre public parce que le divorce est une institution qui intéresse la nation et la mesure de l'article 233 a éminemment ce caractère.

On peut donc conclure que le caractère juridique sur le plan procédural de la prohibition de l'article 233 du Code civil est celui d'une fin de non-recevoir liée au fond, d'ordre public et d'une validité temporaire.

II. — Une fois la nature juridique déterminée, il faut voir quelle est la portée de l'institution. Elle est générale insurmontable et temporaire.

La généralité consiste en l'impossibilité d'intenter une action en divorce fondée sur n'importe quelle cause. L'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante sont traités de la même façon que les excès-sévices et les injures. La distinction entre causes péremptoires et causes facultatives n'est pas utilisée par l'article 233, non plus que la distinction entre causes déterminées et causes indéterminées. Le traitement particulier réserve à la condamnation dans l'article 245, alinéa 1er n'est pas appliqué ici.

Cette généralité ne peut qu'être critiquée. Le but de prohibition est l'espoir de voir les époux se réconcilier après les premières secousses portées à eux par la nouvelle vie conjugale. Ces secousses ne peuvent qu'être légère par hypothèse, car on ne peut espérer la réconciliation de celles qui ne le sont pas. Le législateur d'un côté, proclame certains faits comme suffisamment graves pour

1. *Ibid.*, p. 74.
2. *Ibid.*, p. 76.

pouvoir justifier la dissolution presqu'automatique du mariage, et de l'autre, il espère que les époux pourront surmonter les mêmes faits et les effacer. Autrement dit les mêmes faits considérés sous le même angle de gravité sont traités à deux reprises, de manière tout à fait différente par le législateur[1].

La prohibition est absolue et insurmontable. Le délai de trois ans est de toute rigueur : il n'y a pas le moyen juridique pour le déjouer. Son caractère d'ordre public et la force catégorique par laquelle cette prohibition s'impose aux parties et aux juges font d'elle une pierre capitale de la réforme. La manière dont elle a été présentée au public a fait que dans la conception de celui-ci le divorce est presque impossible, en tout cas difficile et long, interminable.

Cette mesure est encore à critiquer. L'automatisme de son application et sa rigidité absolue, rapprochée de l'automatisme qu'exigent les causes péremptoires laissent l'impression de l'inconséquence du législateur de 1941 car les deux automatismes s'exercent dans deux directions différentes. — Ensuite les cas d'une gravité extrême sont soumis au même automatisme que les cas légers. Dans la législation comparée on trouve deux façons de limiter dans le temps la possibilité pour un fait de devenir cause de divorce. Une première façon consiste à fixer un délai qui commence à courrir soit à partir du moment où l'époux innocent a pris connaissance du fait, soit à partir du moment où il s'est déroulé. C'est le cas de la loi hongroise n° XXXI du 18 décembre 1894[2] sur le mariage (art. 83). C'est aussi le cas de l'article 138 du Code civil

1. Cf. J. Carbonnier, *op. cit.*, D.C. 1941, L. 67, col. II.
2. Sa traduction en français est donnée par Darest, dans l'*Annulaire de la législation étrangère*, t. XXIV, 1895, p. 355.

suisse. — Une deuxième manière est celle qu'emploie la loi anglaise de 1937 sur le divorce et qui a servi — paraît-il — de modèle au législateur français de 1941 qui impose aussi un délai de trois ans, mais plus souple parce qu'elle autorise le juge à accorder certaines exceptions.

La prohibition est temporaire. Une fois les trois premières années écoulées, il ne reste rien de la prohibition. Ce délai de trois années commence à courir à partir du jour de la célébration du mariage dont on veut demander la dissolution. La mesure protège le mariage existant contre les démarches impulsives des époux de ce mariage concrétisé et non pas contre l'inexpérience due à leur âge relativement jeune. S'ils ont vécu dans une première union de plus trois ans, et s'ils ont divorcé ensuite pour se remarier à nouveau, afin d'obtenir une deuxième fois le divorce, il faut que le délai de trois ans s'écoule à partir du jour de la célébration de la deuxième union.

Le délai de trois ans doit s'écouler sans aucun acte procédural qui puisse annoncer le divorce. Comme nous l'avons dit, non seulement l'assignation devant le tribunal, mais encore la première requête au président du tribunal ne sont pas permises. A plus forte raison, aucun autre acte de procédure proprement dite, surtout l'enquête ne peut se placer à l'intérieur du délai de trois ans, comme on l'a plaidé en prétendant que seul le jugement doit avoir lieu après ce délai, comme cela ressort du jugement du tribunal civil de Marseille[1].

L'automatisme dans l'application de l'article 233 imposé au juge exclut toute idée de prolongation du délai de trois ans[2].

1. Trib. civ. Marseille, 2 mai 1941 (*Gaz. Pal.*, 1941.2.12) ; Trib. civ. Marseille, 11 juin 1941 (*Sem. Jur.*, 1941, 1713).
2. J. CARBONNIER, *op. cit.*, D.C. 1941, J. 68, col. I.

§ 3. — Sanction et sa réalisation

I. — Quiconque est engagé dans le procès peut soulever la fin de non-recevoir. Le plus naturel serait que ce soit le défendeur. Mais nous avons déjà dit que ce sera plutôt rare, vu que cette fin de non-recevoir n'apporte aucun profit au défendeur, sauf un ajournement de l'action de divorce dont l'importance est minime, parce que la séparation de corps est possible et qu'il ne peut d'aucune façon l'empêcher.

Ce serait aux juges à l'invoquer d'office, d'autant plus que les parties peuvent être d'accord pour ne pas y avoir recours. — Le ministère public est plus spécialement chargé de son application.

La preuve de la fin de non-recevoir incombe à la partie qui l'invoque. Si l'on prend en considération que ce seront le plus souvent les juges qui auront à l'appliquer d'office il est vraisemblable qu'ils exigeront au demandeur de prouver que le mariage a duré plus de trois ans le jour où la requête a été présentée au président du tribunal. A cet effet le demandeur sera tenu de joindre à cette requête un extrait de l'acte de mariage qui permettra aux juges et avant eux au président du tribunal d'appliquer l'article 233 du Code civil. — Dans le même sens, le tribunal ou la cour d'appel sera tenu d'insérer la date du mariage dans le jugement pour pouvoir permettre le contrôle de la Cour de Cassation.

II. — A la solution que le président du tribunal peut appliquer la mesure de l'article 233, il y a une objection : c'est que la fin de non-recevoir est déjà une question contentieuse et doit être discutée et résolue devant le

tribunal lui-même et non pas devant le président du tribunal qui n'a qu'une fonction conciliatrice.

On peut répondre que la fin de non-recevoir de l'article 233 est d'ordre public, simple à appliquer, tendant à étouffer toute tentative de divorce et que, par conséquent, il n'y a aucun inconvénient, même au contraire, que le président du tribunal l'applique. De toute façon sa décision est soumise à l'appel et le risque de mauvaise application est suffisamment écarté.

Le tribunal peut appliquer la fin de non-recevoir à tout moment et même la trancher au préalable. « S'il le fait, l'appel interjeté contre ce jugement préalable a pour conséquence de saisir la cour, par l'effet dévolutif, du fond même de la cause de divorce. Cela tient, une fois de plus, à ce que la fin de non-recevoir est liée au fond »[1].

Une fois le jugement ou l'arrêt devenu définitif, on n'en peut pas demander l'annulation. C'est le droit commun qui s'applique[2]. La requête civile n'étant pas non plus possible, si le jugement qui a prononcé le divorce est devenu définitif[3] ; il s'ensuit que la sanction de l'article 233 n'est pas parfaite.

III. — La fin de non-recevoir appliquée, tous les éléments du procès réalisés jusqu'à ce moment tombent et l'affaire revient à son état primitif. La poursuite du procès est impossible. Toutes les mesures provisoires ordonnées par le président du tribunal civil tombent et cela sans aucun ménagement, ni transition : quel que soit leur état d'excitation psychique, les époux sont obligés de revenir à la vie commune, ou de choisir la

1. J. Carbonnier, *op. cit.*, D.C. 1941, L. 69, col. III.
2. *Ibid.*, *loc. cit.*
3. R. Morel, *op. cit.*, n° 646.

séparation de fait pour le moment même, pouvant demander une séparation de corps dont la procédure doit commencer par ses premiers débuts, car rien ne reste de la procédure effacée par la fin de non-recevoir de l'article 233.

Une question se pose : d'après l'article 239, alinéa 2 du Code civil l'époux qui demande le divorce peut à chaque instant de la procédure la transformer en une demande en séparation de corps. Peut-on donc transformer une demande en divorce en une demande en séparation de corps au moment où la fin de non-recevoir de l'article 233 est appliquée ? Peut-on demander subsidiairement dans une même demande la séparation de corps pour le cas où la demande en divorce ne serait pas perçue ?

La réponse à la première question est sûrement négative, car pour que l'on puisse transformer une demande en séparation de corps, il faut que ce que l'on veut transformer existe et soit valable. Or, une fois la fin de non-recevoir appliquée il ne reste absolument rien de la première demande.

La seconde question doit également recevoir une solution négative, car les deux demandes « ne peuvent être suivies dans une même instance et être concurremment présentées aux juges par les conclusions de la partie, ces conclusions fussent-elles en la forme de conclusions principales et subsidiaires »[1].

1. Civ., 30 juin 1886 (D. 1887.1.61, col. II).

CHAPITRE II

AUTRES FINS DE NON-RECEVOIR

§ 1. — Réconciliation

I. — La réconciliation n'a pas été touchée par la réforme de 1941 ; elle reste régie par l'article 244 alinéa 1er et 2e du Code civil et en principe toutes les règles dégagées par la jurisprudence restent valables aujourd'hui. Mais le législateur l'avait en vue en élaborant certaines dispositions de la loi du 2 avril 1941. En somme, en dehors de la disposition devenue aujourd'hui l'article 232 du Code civil, on peut dire que toutes les autres tendent à favoriser, à susciter, à provoquer et à escompter la réconciliation, ou tout simplement la conciliation, la continuation de la vie commune. C'est le sens de la grande mesure énoncée dans l'article 233. C'est le sens de toutes les dispositions de l'article 2 de la loi du 2 avril 1941.

Mais si la loi parle de réconciliation, elle ne la définit point. C'est donc la jurisprudence qui a élaboré ce point du droit positif. Or la jurisprudence avant la réforme était toute orientée dans le sens du divorce, sens indiqué par le législateur et surtout, par un courant idéologique et moral. Il s'ensuit qu'elle était trop exigeante en ce qui concerne la réconciliation et qu'ainsi elle augmentait le

nombre des divorces en écartant la réconciliation en tant que fin de non-recevoir. L'attitude de la jurisprudence en ce qui concerne la réconciliation et qu'ainsi elle augmentait le nombre des divorces en écartant la réconciliation en tant que fin de non-recevoir. L'attitude de la jurisprudence en ce qui concerne l'appréciation des faits matériels constitutifs de la réconciliation était symétrique à celle qu'elle avait envers les faits matériels constitutifs des causes de divorce, mais en sens inverse. Ici aussi la Cour de Cassation s'abstenait d'exercer un contrôle[1].

Ainsi les juges du fond estimaient que la réconciliation n'était pas acquise si les époux continuaient la vie commune pendant des années[2], ou si l'époux offensé consentait à reprendre la vie commune[3], si les rapprochements sexuels ont eu lieu[4]. Les relations et la correspondance échangée dans un ton d'affection ne dénotaient pas non plus la réconciliation[5]. Même pour une réconciliation effective, effectuée en pleine conscience et certainement avec la libre volonté, la Cour de Paris[6] l'a déclaré inopérante en trouvant qu'elle était « une accidentelle surprise des sens chez l'époux tyrannisé par sa passion, apeuré par la menace » et « honteux de sa faiblesse » (autrement dit sa passion, sa peur et la honte de sa faiblesse ont vicié son consentement).

Mais étant donné que la Cour de Cassation par suite

1. Req., 6 mai 1930 (*Gaz. Pal.*, 1930.2.110); Req., 19 janvier 1916 (D. 1916.1.249); Civ., 23 octobre 1911 (S. 1912.1.16); Req., 27 novembre 1935 (D.H. 1936.37).
2. Req., 27 novembre 1935 (D.H. 1936, 37); Req., 4 décembre 1901 (D. 1902.1.116); Req., 10 mars 1908 (D. 1908.1.280).
3. Req., 12 mars 1928 (D.H. 1928.213); Lyon, 11 octobre 1919 (D. 1921.2.8).
4. Trib. civ. de Nice, 3 juillet 1922 (D. 1922.5.17); Trib. civ. d'Evreux, 2 décembre 1924 (*Gaz. Pal.*, 1925.1.349).
5. Req., 5 mars 1918 (S. 1918-1919.1.175).
6. Paris, 23 juin 1909 (D. 1910.2.143).

de la réforme peut changer son attitude en ce qui concerne le contrôle juridique de l'interprétation et de l'application des disponibilitions légales concernant les causes du divorce, il serait tout à fait naturel et logique qu'elle le fasse aussi à propos des faits constitutifs de la réconciliation tacite. Plus encore, les juges du fond doivent le faire de leur propre initiative.

Ces faits constitutifs ne sont pas sans symétrie, voire même sans identité avec les faits constitutifs des causes de divorce. Dans les deux cas, il s'agit des faits qu'il faut déterminer parmi tant d'autres de la vie conjugale, faits qui peuvent provoquer certaines conséquences juridiques. Dans les deux cas, il s'agit d'établir aussi un élément psychologique : pour les causes de divorce, une intention de nuire et un préjudice moral subi ; pour la réconciliation, une volonté bilatérale de continuer la vie conjugale commune, c'est-à-dire de vouloir, d'un côté effacer par le pardon ce qui aurait pu fonder une demande en divorce et de l'autre, s'abstenir de provoquer des préjudices moraux à son conjoint. Ici et là, il s'agit de faits qui peuvent sauver des familles, sauvegarder des foyers, avoir des conséquences pour la société.

Si l'un des époux invoque la réconciliation comme une fin de non-recevoir, ce qui prouve qu'il veut continuer la vie conjugale et s'il la fonde sur un certain fait, il faut que les juges se montrent favorables à la qualification de ce fait et à sa signification juridique. Cela encouragera l'époux défendeur à vouloir continuer la vie commune, ce qui, de son côté, peut déterminer l'époux demandeur à pardonner et cette fois-ci expressément. La vie conjugale est composée d'une multitude de liens qui s'actualisent et se relient durant la longue période de la

procédure. Le temps est le grand facteur de la réconciliation. Les causes de divorce consistent essentiellement en éléments psychologiques : préjudice moral subi, volonté de nuire. Or le temps efface radicalement et relativement vite les sentiments vécus les plus vifs et les plus intenses. Les époux, même séparés au cours d'une instance, reviendront sur leurs décisions et renoueront les liens de la vie conjugale : si l'un d'entre eux et plus spécialement l'époux défendeur interprète ce renouement comme une réconciliation, il n'y a aucune raison pour qu'il ne soit pas soutenu par les juges.

C'est pourquoi il faut que la jurisprudence réforme son attitude en matière de réconciliation.

La réconciliation existe toutes les fois qu'il y a consensement entre les époux, consentement non vicié et en pleine connaissance de l'objet du pardon de la part de l'époux offensé, que l'époux coupable accepte. Sa principale conséquence est la résolution des deux époux de continuer normalement la vie commune.

II. — A côté des cas relevés [1] d'où les juges du font ont écarté la volonté des époux partant la réconciliation, on peut en énumérer encore d'autres en ce sens, ou plus caractéristiques encore. Ainsi la Chambre des Requêtes a écarté la réconciliation après une vie commune de cinq ans [2] ; l'abandon de la procédure de divorce qui n'était pas accompagnée de la reprise de la vie commune ne constitue pas la réconciliation [3] ; non plus que la naissance d'un enfant postérieure aux griefs allégués si la femme « prétend » n'en avoir eu connaissance que

1. Voir *supra*, p. 164.
2. Req., 28 mars 1938 (S. 1938.1.179).
3. Poitiers, 1er décembre 1936 (S. 1937.2.185).

plus tard[1] ; même une réconciliation devant le président du tribunal ne constitue pas une fin de non-recevoir pour la cour d'appel, ni pour la Chambre des Requêtes[2]. La reprise de la vie commune dans l'intérêt des enfants ne constitue pas une réconciliation[3].

On ne peut critiquer tous ces cas, car ils ne contiennent aucune contradiction ni incohérence. Toutes ces décisions font une application correcte des principes qui dominaient l'institution du divorce avant la réforme. Il ne s'agit donc pas de faute d'application des dispositions légales, mais d'une attitude générale. Il faut par conséquent raisonner sur la justesse de cette attitude aujourd'hui, après la réforme, quoiqu'aucun texte relatif à la réconciliation n'ait été modifié.

Parallèlement à l'accroissement des exigences pour la réalisation d'une cause de divorce, il faut diminuer les exigences dans les cas de réconciliation. Si la jurisprudence agit ainsi, il y aura les plus grandes chances pour que les demandes en divorce prennent fin par la réconciliation plutôt que par les jugements qui les débouteront pour insuffisance d'allégations pouvant constituer une cause de divorce. La société a plus d'intérêt à ce que les époux reprennent la vie commune après une réconciliation qu'après un jugement qui les y oblige, car la réconciliation suppose leur volonté, tandis que le jugement ne s'en occupe point.

Agissant dans ce sens, les juges inclineront à la longue, l'époux demandeur à accorder son pardon à l'époux demandeur, si celui-ci se repent.

Ainsi la reprise de la vie commune doit être toujours

1. Trib. civ. de la Seine, 20 décembre 1937 (*Gaz. Pal.*, 1938.1.527).
2. Req., 4 juillet 1938 (*Gaz. Pal.*, 1938.2.627).
3. Req., 12 mars 1928 (S. 1928.1.184).

retenue comme exprimant suffisamment la volonté de l'époux offensé de pardonner et la volonté de l'époux coupable d'accepter ce pardon. Que la reprise ait lieu dans l'intérêt des enfants, pour cause de faiblesse ou de passion, ou pour toute autre raison, une fois la vie commune rétablie, ses manifestations normales et habituelles reprises, les faits matériels pouvant devenir cause de divorce, avec tous ces éléments psychologiques, perdent de leur acuité et s'effacent.

La continuation de la vie commune, une fois les griefs connus, doit être interprétée par les juges comme constituant, la réconciliation et surtout si elle se prolonge pendant un certain laps de temps. Ce temps sera plus ou moins long suivant les particularités du cas, mais une période de six mois par exemple, montre avec suffisamment de clarté que la vie commune n'est pas rendue intolérable par les griefs en question. De plus, ce temps efface les éléments psychologiques chez les deux époux et enlève ainsi aux faits matériels la possibilité de devenir cause de divorce.

Les rapports sexuels ainsi que les entrevues cordiales, la correspondance affective, tout en constituant autant d'indices d'une réconciliation possible, n'établissent pas forcément la volonté des époux de pardonner et de reprendre la vie commune. Toutefois, il faut se montrer moins exigeant surtout en ce qui concerne le cas des rapports sexuels. En effet, ces rapports étant essentiellement de caractère psychologique, on ne voit pas comment ils n'influenceraient pas les éléments psychologiques des griefs en question.

La naissance d'un enfant est une grande présomption en faveur de la possibilité de réconciliation, surtout si

elle coïncide avec d'autres faits. Toutefois une grande prudence doit accompagner l'examen des juges, car il peut se passer beaucoup d'événements entre la conception de l'enfant et sa naissance. Les deux faits doivent être rapprochés de l'époque des griefs.

Point n'est besoin de souligner que l'époux offensé doit connaître les faits matériels qu'il pardonne ; que la réconciliation a un caractère d'ordre public ; qu'elle ne doit pas être suivie de nouveaux griefs[1].

III. — Dans cette interprétation des faits constitutifs de la réconciliation, il y a une difficulté. Elle provient de la nouvelle disposition contenue dans l'article 233 du Code civil.

En effet si la vie commune est impossible, dans les cas autres que celui de l'article 233, il n'y aura aucun fait qui puisse être interprété, soit par l'époux défendeur, soit par les injures, comme un fait constitutif de la réconciliation, car les époux sont libres de ne rien faire dans ce sens. Mais l'article 233 les oblige à vivre ensemble quoi qu'il arrive entre eux, la demande en divorce n'étant pas recevable pendant les trois années qui suivent le jour de la célébration du mariage. A supposer un fait d'extrême gravité, l'époux offensé est obligé de continuer la vie commune parce qu'il ne peut ni demander le divorce, ni quitter le domicile conjugal. Dans le premier cas c'est la loi qui l'oblige : cette vie commune peut ensuite être interprétée soit par l'époux coupable, soit par les juges comme une volonté de réconciliation. Dans le second cas, l'époux coupable peut retenir cet abandon du domicile comme une cause de divorce, ce qui entraînera le divorce aux torts de l'époux offensé.

1. PLANIOL-RIPERT, t. II, par ROUAST, nos 534 et 536.

Comment sortir de cette difficulté ?

La seule solution pour l'époux offensé consiste à demander la séparation de corps avec l'arrière-pensée de la transformer en divorce au bout de trois ans.

Ainsi un des effets de la mesure de l'article 233 sera de favoriser la séparation de corps aux dépens du divorce [1].

§ 2. — Prescription

I. — Le divorce est un droit pour l'époux offensé, à la condition que les faits allégués remplissent les exigences légales. Ce droit se réalise par une action. Or chaque action se precrit au bout d'un certain temps à moins que la loi n'en dispose autrement. Le délai de prescription général est de trente ans ; il est édicté dans l'article 2262 du Code civil. Appliqué à l'action en divorce, il signifie que la prescription peut être invoquée comme une fin de non-recevoir chaque fois qu'il s'est écoulé au moins trente ans entre le fait matériel invoqué dans l'action et la demande en divorce.

Ce délai de trente ans est un peu long, ce qui fait que cette fin de non-recevoir est rarement invoquée, étant donné qu'il y a plusieurs autres moyens, que les griefs en question perdent de leur efficacité (mort de l'un des époux, oubli, réconciliation, absence totale de preuves). Néanmoins il en était question dans la jurisprudence, ce qui prouve qu'elle a quand même un intérêt pratique.

On est d'accord aujourd'hui dans la doctrine sur l'application de l'article 2262 du Code civil à l'action en

1. Colin-Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 256.

divorce[1]. On peut même citer un cas dans la jurisprudence en ce sens[2].

Cette solution a été contestée. On invoquait l'article 2253 du Code civil qui dit que la prescription ne court pas entre les époux. Mais on écarte l'objection en disant que cet article ne vise que les actions destinées à s'exercer après le mariage et qui ont pour objet un droit pécuniaire, le législateur ne voulant pas troubler la paix du ménage. — Une autre objection est à écarter : celle tirée de l'article 2226 du Code civil d'après laquelle la prescription est supprimée pour les choses qui ne sont pas dans le commerce. On répond que le droit de divorcer tout en n'étant pas dans le commerce n'est pas une chose au sens de l'article 2226[3].

Une dernière objection et celle qui a rallié le plus de partisans[4] dit que la prescription ne joue pas parce que c'est une action qui concerne l'état civil des époux. Or les arguments des articles 328 et 339 laissent penser qu'aucune action relative à l'état et à la condition des personnes n'est prescriptible. « Mais l'imprescriptibilité n'atteint que les actions qui tendent à faire établir l'état véritable et non celles qui ont pour objet de modifier l'état réel »[5].

Il reste donc que la prescription de trente ans était applicable à l'action en divorce avant la réforme. Celle-ci n'étant pas modifiée, elle reste aujourd'hui la solution du droit positif.

1. Planiol-Ripert, t. II, par Rouast, n° 533 ; — De Page, *op. cit.*, t. I, n° 904 ; — Colin-Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 257 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, t. IV, n° 239 ; — Bartin sur Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 477, p. 301 et n. 24.
2. Colmar, 31 octobre 1927 (*Gaz. Pal.*, 1927.2.880 ; S. 1928.2.64).
3. Voir l'arrêt de Colmar précité.
4. Voir la note de Naquet (S. 1909.1.241).
5. De Page, *op. cit.*, t. I, n° 904.

II. — Nous avons déjà signalé qu'une autre solution aurait été possible de la part du législateur[1]. La nature des faits matériels et du préjudice moral subi permettaient en accord avec la psychologie, une prescription beaucoup plus lourde. Dans la majorité des griefs (excepté peut être l'abandon du domicile conjugal), un délai de six mois suffirait, ou bien dans le cas contraire de trois à cinq ans depuis l'époque des griefs. C'est en ce sens qu'est conçu l'article 138 du Code civil suisse.

En ce qui concerne l'abandon on peut prétendre qu'il ressemble au délit successif pour lequel la prescription ne commence que le jour où le délit a cessé[2].

Comme l'abandon peut se prolonger jusqu'à la mort de l'un des époux, il s'ensuivrait que la prescription pourrait ne pas être invoquée comme fin de non-recevoir. Néanmoins on pourrait l'organiser en prenant comme point de départ un délai qui suivrait une sommation de réintégration du domicile conjugal.

***

En conclusion de la seconde partie, nous pouvons dire que la suspension de l'efficacité des causes de divorce en droit français joue un rôle considérable.

En tant que temporaire et pour un délai de trois ans qui suit le jour de la célébration du mariage, elle est absolue et même excessive. Sa rigueur s'atténue du fait qu'elle ne s'applique pas à la séparation de corps.

La suppression définitive de l'efficacité des causes de divorce par la réconciliation est juridiquement mal organisée et en désaccord avec la mesure de l'article 233,

1. Voir *supra*, p. 158.
2. Voir Cass. crim., 7 août 1925 (S. 1927.1.40).

ainsi qu'avec l'économie générale de l'institution après la réforme de 1941. Une révision jurisprudentielle est souhaitable étant donné qu'elle est fort possible.

En ce qui concerne la prescription comme moyen de suppression définitive de l'efficacité des causes du divorce, le législateur ne l'a pas du tout utilisée. Elle reste de trente ans, sans aucune possibilité de révision jurisprudentielle.

CONCLUSION

Les moyens techniques employés par la réforme, en ce qui concerne les causes de divorce, n'apportent rien de nouveau. On peut dire que la réforme se place tout à fait dans la ligne de l'évolution historique des causes de divorce depuis son introduction en France par le Code civil en 1804 et surtout après sa réintroduction en 1884. En ne considérant que les causes, on peut dire sans aucune réserve que la réforme n'a fait que légaliser la conception jurisprudentielle telle qu'elle existait avant le 2 avril 1941. Aucun principe n'a été mis en question. Aucun nouveau moyen ne fut ajouté que la jurisprudence n'eût déjà employé. On peut même dire que la réforme n'a pas consacré le meilleur courant de la jurisprudence ; elle n'a pas non plus tiré tout profit des discussions doctrinales qui l'ont précédée. Cela vaut surtout pour les distinctions des causes déterminées et indéterminées, péremptoires et facultatives. Tout ce que l'on peut dire en se plaçant sur le plan rigoureusement technique, c'est qu'elle a exclu des causes de divorce, si la jurisprudence le veut bien, les faits antérieurs au moment de la célébration du mariage. En fixant expressément les conditions quantitatives, elle a rendu possible et facile le contrôle de la Cour de Cassation ; cela aussi si celle-ci le veut bien.

En ne considérant que les causes de divorce, les pré-

mices légales du droit positif permettraient l'élaboration définitive de celui-ci, même dans un sens aussi favorable au divorce que celui d'avant la réforme.

Mais dans cette apparente faiblesse de la réforme réside sa vertu. Elle se résume dans la volonté de ne pas brusquer la réalité sociale.

Cependant on ne peut pas douter de l'intention véritable du législateur. Il a voulu arrêter le flux de divorce et renforcer la discipline du mariage. Cela ressort clairement des autres mesures de la loi du 2 avril 1941 et surtout des deux documents qui émanent du législateur et qui ont accompagné la loi. C'est cette intention du législateur, cette économie générale de la réforme qui peut se répercuter, par l'intermédiaire de la jurisprudence, sur la théorie des causes.

En effet la réforme est une occasion pour la jurisprudence de se ressaisir et de réviser son attitude à l'égard des causes de divorce. Nous nous sommes efforcé de montrer les possibilités que la jurisprudence a devant elle. La loi lui donne des règles standard, elle la plonge dans une atmosphère idéologique déterminée, elle lui pose un idéal : c'est à elle de synthétiser toutes ces données et d'élaborer une institution juridique qui s'accorde avec l'ensemble de valeurs de la Nation.

Pour arriver à ce résultat il faut qu'elle élabore une notion souple de cause de divorce. Il faut qu'elle se rende compte de tous les éléments de celle-ci et de leurs possibilité d'embrasser la réalité sociale dans toutes ses mouvantes manifestations. C'est l'élément psychologique, que nous avons essayé de dégager, qui doit se placer au centre de ses préoccupations ; c'est lui qui donnera à la notion de cause toute la souplesse pour

qu'elle s'applique à chaque cas particulier et qu'il le résolve pour le bien des époux et de la communauté nationale. Il faut que la jurisprudence creuse bien tous ces points parce que ses décisions toucheront la chair vivante, l'âme souffrante d'une multitude d'êtres humains, époux et enfants.

Ce travail de la jurisprudence est à désirer d'autant plus catégoriquement qu'il s'entrevoyait déjà dans sa création d'avant la réforme et qu'ailleurs dans le droit français aussi bien que dans le droit comparé on en trouve des modèles. Si grand que soit l'amour de la tradition, il faut que le droit soit incessamment ranimé, vivifié et ennobli par les innovations heureuses si l'on ne veut pas qu'il devienne un frein de progrès. — La notion de cause de divorce que la jurisprudence a à élaborer doit être souple, vivante, raisonnable et en accord avec l'idéal de la société qu'elle dessert.

Les textes légaux permettent l'élaboration d'un tel instrument technique. Nous les avons traités de ce point de vue et dans le sens de leur utilisation par la jurisprudence. Il suffit que celle-ci montre de la bonne volonté ; ou que la Cour de Cassation, par sa position détermine l'attitude des cours et tribunaux.

Les fins de non-recevoir que nous avons traitées doivent achever la détermination des bases de divorce. Il est clair que de notre point de vue celle de l'article 233 du Code civil est aberrante et discordante. La jurisprudence n'y peut rien. La réalité sociale la supportera difficilement. Désormais la séparation de corps figurera dans les statistiques là où jusqu'alors on ne rencontrait que le divorce.

Mais c'est la réconciliation qui peut s'accorder avec

la théorie de la cause telle que nous la proposons. La jurisprudence doit la reprendre et la réintégrer dans l'institution du divorce renouvelée.

Si l'avenir voit une institution de divorce aussi souple et aussi vivante que nous la préconisons, il est à souhaiter que le législateur revienne sur sa mesure de l'article 233, ainsi que sur un autre moyen technique qu'il n'a pas touché en 1941, à savoir la prescription.

Vu :
Strasbourg–Clermont-Ferrand, le 7 mai 1942,
Le Président de thèse :
Jean RADOUANT

Vu :
Strasbourg–Clermont-Ferrand, le 9 mai 1942,
Le Doyen de la Faculté :
Joseph DELPECH

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg–Clermont-Ferrand, le 11 mai 1942,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université :
A. TERRACHER

BIBLIOGRAPHIE

(Nous ne donnons ici que la bibliographie récente. En ce qui concerne celle qui se rapporte à la loi du 27 juillet 1884 voir GRANDIN, *Bibliographie générale des sciences juridiques, politiques, économiques et sociales*, t. I, p. 208 et suiv. Nous ne rapportons pas ici les ouvrages généraux qui sont cités dans le texte).

OUVRAGES SE RAPPORTANT A LA RÉFORME DE 1941

Loi du 2 avril 1941, *J. off.*, le 13 avril 1941.

ANOYANT. — *Commentaire de la loi du 2 avril 1941*, dans « *Rec. gén. lois, décrets et arrêts* », 1941, p. 153 et suiv.

BRETON (André). — *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps*, dans « *Sem. jurid.* », 1941, J.C.P. étude 205.

CARBONNIER (Jean). — *Divorce et séparation de corps, commentaire de la loi du 2 avril 1941*, dans *Dalloz critique*, 1941, L. 61 et suiv.

CHASSAGNADE-BELMIN (Paul). — *Le divorce et la séparation de corps. Commentaire de la loi du 2 avril 1941*, dans « *Journal des notaires* », 1941, p. 513 et suiv.

ESMEN (Paul). — *Réforme du divorce et de la séparation de corps*, dans « *Gaz. Pal* », 25-26 avril 1941.

LE CLERC'H. — *Le divorce et la séparation de corps*, dans « *Lois nouvelles* », 1941, p. 133 et suiv.

VIZIOZ (Henri). — *La loi du 2 avril 1941 dans le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1941.

VOIRIN (P.). — *Commentaire de la loi du 2 avril 1941*, dans « *Rev. trim.* », 1940-41, p. 341 et suiv.

OUVRAGES SPÉCIAUX

CARBONNIER (Jean). — *Causes de divorce*, dans « *Rev. trim.* », 1937, p. 381 et suiv.

CUCHE (Paul). — *La suppression du divorce*, Paris, 1923.

DEPITRE (M.). — *Les récentes réformes anglaises relatives à la dissolution du mariage*, dans « *Bull. de législ. com.* », 139, p. 112.

MOUREAUX et HANBURY. — *Traité pratique des divorces et des successions en droit anglais*, Paris, 1939.

PASQUIER (Alex). — *Traité du divorce et de la séparation de corps*, 2 vol. Bruxelles, 1939.

— *Psychologies du divorce*, Bruxelles, 1939.

PIÉRARD (A.). — *Divorce et séparation de corps. Traité théorique et pratique suivant la législation, la doctrine et la jurisprudence belge et française et le droit international*, 3 vol., Bruxelles-Paris, 1927-1928. — *Supplément* de 1938.

SAVATIER (René). — *Le droit, l'amour et la liberté*, chap. 1er : *Le dynamisme de divorce*, Paris, 1937.

THÈSES

AMID (Moussa). — *Le divorce en droit iranien*, thèse, Paris, 1939.

BLANC du COLLET (Charles). — *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en* 1884, thèse, Paris, 1939.

CABY (Gaston). — *Le principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien*, thèse, Paris, 1924.

CHANG SU YAO. — *Les divorces aux Etats-Unis*, thèse-lettres, Paris, 1935.

FATTET (Maxime). — *Le divorce des aliénés*, thèse, médecine, Genève, 1938.

GIBERT (R.). — *Des causes de nullité de mariage qui sont en même temps des causes de divorce*, thèse, Paris, 1930.

MARCHAND. — *Le divorce en Suisse*, thèse, Montpellier, 1921.

MOLLIER (H.). — *La question du divorce*, thèse, Dijon, 1930.

PRIOU. — *Le divorce et la séparation de corps en Allemagne*, thèse, Paris, 1923.

RICHARD-PRASSIONS. — *Le divorce et la séparation de corps en droit comparé et en droit international privé*, thèse, Paris, 1928.

SAINPY (Jean-Marie). — *L'aliénation mentale et le divorce en France et à l'étranger*, thèse, Nancy, 1938.

WANG TSÉ SIN. — *Le divorce en Chine*, thèse, Paris, 1933.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE

NOTIONS DE CAUSES DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

CHAPITRE I. — **Eléments constitutifs.** 8

§ 1. — *Mariage existant* 8

I. Nécessité logique de cet élément 8
II. Union libre 9
III. Mariage inexistant 10
IV. Mariage annulable 12
V. Faits antérieurs au mariage avant la réforme 17
VI. Faits antérieurs après la réforme 26

§ 2. — *Fait matériel* 29

I. Adultère 31
II. Condamnation criminelle 33
III. Faits assimilables à l'adultère et à la condamnation 34
IV. Excès-sévices 36
V. Injures avant la réforme 39
VI. Injures après la réforme 48
VII. Conversion de la séparation de corps en divorce 54

§ 3. — *Caractère personnel des faits matériels* 54

I. Avant la réforme 55
II. Après la réforme 58

§ 4. — *Elément psychologique* 62

A) *La faute* 63

I. Imputabilité 63
II. Volonté de nuire 65
III. Etat actuel de la question 73

B) *Préjudice moral* 75
I. Intérêt de la question 77
II. Jurisprudence avant la réforme 80
III. Etat actuel 86
IV. Epoque du préjudice après la réforme 88
V. Préjudice dans la jurisprudence postérieure à la réforme. 89

CHAPITRE II. — **Eléments quantitatifs** 92

§ 1. — *Gravité* 92
I. Avant la réforme 92
II. Après la réforme 97

§ 2. — *Vie commune intolérable* 101
I. Avant la réforme 101
II. Après la réforme 104

Conclusion : *Notion générale et théorique de cause de divorce*. 110

CHAPITRE III. — **Modalités de la notion de cause de divorce** .. 112

§ 1. — *Causes déterminées et causes indéterminées* 112
I. Possibilités et système antérieur à 1941 114
II. Etat actuel 118

§ 2. — *Causes péremptoires et causes facultatifs* 124
I. Raisons historiques de la distinction 124
II. Revirement de la jurisprudence à la veille de la réforme .. 126
III. Données rationnelles d'une solution possible 130
IV. Etat actuel de la question 132

§ 3. — *Rôle des juges du fond dans la détermination des causes de divorce et contrôle de la Cour de Cassation* 136
I. Raisons doctrinales et légales de l'étendue du pouvoir d'appréciation des juges du fond avant la réforme 136
II. Innovations de la réforme. Contrôle de la Cour de Cassation 138

Conclusion de la premières partie : *Causes de divorce* 142

DEUXIÈME PARTIE
FINS DE NON-RECEVOIR

CHAPITRE I. — **Irrecevabilité temporaire de la demande en divorce** .....

§ 1. — *Fonctionnement juridique* 147
I. Caractère de l'interdiction 148
II. Objet de l'interdiction 149
III. Durée de l'interdiction 150
IV. Personnes qui doivent veiller à l'observation de l'interdiction 151
152

§ 2. — *Nature juridique et portée* 154
I. Nature juriduque 154
II. Portée de la prohibition 157

§ 3. — *Sanction et sa réalisation* 160
I. Preuve 160
II. Moment d'application 160
III. Conséquences 161

CHAPITRE II. — **Autres fins de non-recevoir** 163

§ 1. — *Réconciliation* 163
I. Observations générales 163
II. Réconciliation tacite — possibilité de révision de ses faits constitutifs 166
III. Réconciliation et fin de non-recevoir de l'article 233 169

§ 2. — *Prescription* 170
I. Ce qu'elle est 170
II. Ce qu'elle pourrait être 172

Conclusion de la deuxième partie : *Limitation temporaire des causes de divorce* 172

CONCLUSION 174

BIBLIOGRAPHIE 179

Imp. F. Boisseau, Rue du Taur, 34 - Toulouse (France)
TW - N° 6375 - 1-6-1942